

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**El papel de los precedentes en el sistema del *civil law*: análisis
de la vinculación de las resoluciones de los tribunales en el
proceso civil contemporáneo**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Daniela Pereira Madeira

Director

José Manuel Chozas Alonso

Madrid

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL



**EL PAPEL DE LOS PRECEDENTES EN EL SISTEMA DEL *CIVIL LAW*:
ANÁLISIS DE LA VINCULACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LOS
TRIBUNALES EN EL PROCESO CIVIL CONTEMPORÁNEO**

TESIS DOCTORAL

DOCTORANDA: DANIELA PEREIRA MADEIRA

DIRECTOR: PROFESOR Dr. D. JOSÉ MANUEL CHOZAS ALONSO

Madrid, 2019

**DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS
PRESENTADA PARA OBTENER EL TÍTULO DE DOCTOR**

Dña. DANIELA PEREIRA MADEIRA estudiante en el Programa de Doctorado en Derecho Procesal, de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, como autora de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor y titulada: EL PAPEL DE LOS PRECEDENTES EN EL SISTEMA DEL CIVIL LAW: ANÁLISIS DE LA VINCULACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES EN EL PROCESO CIVIL CONTEMPORÁNEO y dirigida por: PROFESOR Dr. D. JOSÉ MANUEL CHOZAS ALONSO.

DECLARO QUE:

La tesis es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, en particular, la Ley de Propiedad Intelectual (R.D. legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), en particular, las disposiciones referidas al derecho de cita.

Del mismo modo, asumo frente a la Universidad cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de la autoría o falta de originalidad del contenido de la tesis presentada de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

En Madrid, a 25 de junio de 2019.

Daniela Pereira Madeira

ÍNDICE

Abreviaturas.....	9
Palabras claves.....	11
Abstract.....	13
Resumen	15
Introducción.....	17
Capítulo I – La familia del <i>common law</i>	25
1.1. El <i>common law</i> y su relación con el <i>stare decisis</i>	25
1.2. La aplicación de la decisión judicial de forma coherente y estable según Dworkin.....	35
1.3. Criterios que auxilian al juez en la búsqueda del significado de la ley	48
1.4. La <i>ratio decidendi</i> y el <i>obiter dictum</i> . La jurisprudencia del <i>case law</i>	54
1.4.1. Técnica de la distinción (<i>distinguishing</i>). La denegación (<i>overruling</i>). .	60
1.4.2. Las técnicas de la señalización (<i>signaling</i>), la superación anticipada (<i>anticipatory overruling</i>) y la decisión <i>per incuriam</i>	64
1.4.3. Razonamiento práctico (<i>Practical Reasoning</i>).....	67
1.5. El papel de los tribunales.....	73
1.5.1. La Cámara de los Lores (<i>House of Lords</i>).....	80
1.5.2. El Tribunal de Apelaciones (<i>Court of Appeal</i>).....	86
Capítulo II – Importancia y características de la resolución judicial en la familia del <i>civil law</i>	91
2.1. Del ordenamiento jurídico español: la función de los tribunales y los mecanismos reveladores de las resoluciones judiciales	94
2.1.1. Los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo	94
2.1.2. La función actual de los tribunales: ¿una función nomofiláctica? ¿una función uniformizadora de la jurisprudencia? ¿una función paradigmática?.....	96
2.1.3. El recurso de casación, el recurso por infracción procesal y el denominado recurso en «interés de la ley»	97
2.1.4. El Tribunal Constitucional.....	101
2.1.5. El control de la constitucionalidad y el recurso de amparo.....	106
2.1.6. La sumisión del juez a la ley y la independencia judicial	112
2.1.7. Igualdad y seguridad.....	116
2.1.8. El principio de protección de la confianza legítima	122
2.2. Acerca del ordenamiento jurídico brasileño.....	125
2.2.1. EL <i>Supremo Tribunal Federal</i>	125
2.2.3. Acerca de la repercusión general del recurso extraordinario	127
2.2.4. Acerca del procedimiento del recurso extraordinario.....	130
2.2.5. El uso del método difuso como instrumento de control abstracto de la constitucionalidad en el Brasil.....	136

2.2.6.	El <i>Superior Tribunal de Justicia</i>	140
2.2.7.	Acerca del recurso especial y extraordinario repetitivo	140
2.2.8.	Relevancia de los precedentes	144
Capítulo III – Aspectos pragmáticos del análisis de la vinculación de la jurisprudencia.....		149
49		
3.1.	Contextualización del tema en la familia del <i>civil law</i>	152
3.2.	Diferencias y similitudes entre jurisprudencia y precedente	157
3.3.	El precedente como una regla universalizable a la luz de Michele Taruffo	160
3.4.	La necesidad de unidad del ordenamiento jurídico	164
3.4.1.	La orientación de la jurisprudencia y de los precedentes por medio de los principios constitucionales	165
3.4.2.	En la búsqueda de la tutela efectiva: la decisión justa y la seguridad jurídica	171
3.4.3.	La efectivización del principio de la seguridad jurídica a través del principio de la protección de la confianza	175
3.4.4.	Motivación de las decisiones judiciales como forma de transparencia del proceso y de orientación de la jurisprudencia (la aplicación uniforme de la ley): la igualdad	176
3.5.	El papel de los Tribunales <Supremos>	179
3.6.	Técnicas reguladoras destinadas para la uniformidad	195
3.6.1.	Particularismo y universalismo: ¿una opción?	197
3.6.2.	Reflejo del particularismo y el universalismo en la aplicación de los principios	202
3.7.	<i>Súmulas</i> de la jurisprudencia predominante del <i>Supremo Tribunal Federal</i> brasileño y las <i>súmulas</i> vinculantes brasileñas como instrumento de revelación de la jurisprudencia	207
3.7.1.	Incidente de resolución de demandas repetitivas	216
3.7.2.	Sentencias del Pleno y el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional.....	226
Capítulo IV – Análisis críticas comparativas		233
4.1.	¿La jurisprudencia como forma de expresión de la coherencia del sistema jurídico?.....	233
4.2.	¿Estaríamos ante un nuevo enfoque dado al papel de la jurisprudencia y de la sociedad moderna?	238
4.3.	¿Estaremos en camino hacia el precedente?.....	242
4.4.	La modulación fáctica: un equilibrio entre la desconsideración y la exacerbación de los aspectos situacionales	255
4.5.	El papel de los tribunales en el proceso civil contemporáneo.....	258
4.5.1.	Ausencia de razón para la modificación del precedente anteriormente establecido	266
4.5.2.	Confianza justificada	267

4.5.3.. Comity with Legislature	270
4.5.4. Mootness Doctrine.....	270
Conclusion.....	273
Bibliografía.....	287
Jurisprudencia.....	303
Legislación	309

Abreviaturas

AN: Audiencia Nacional.

Art.: artículo.

ATC: Auto del Tribunal Constitucional.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil

CCAA: Comunidades Autónomas.

CE: Constitución Española.

CEE: Comunidad Económica Europea.

CF/88 o CRFB/88 o CRFB: *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

Ed.: Editorial.

FJ: Fundamento Jurídico.

JC: Jurisprudencia Constitucional.

JTS: Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Salas).

LC: *Lei Complementar*.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LJCA: Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOTG: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

LPA: Ley de Procedimiento Administrativo.

LRJAE: Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

LRJPAC: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

MP: *Medida Provisória*.

núm./n.º: número.

p.: página.

PJ: Poder Judicial.

pp.: páginas.

RD: Real Decreto.

RE: *Recurso Extraordinário*.

Res.: Resolución.

REsp: *Recurso Especial*.

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.

ss.: siguientes.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STF: *Supremo Tribunal Federal*.

STJ: *Superior Tribunal de Justiça*.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

Palabras claves

Common Law. Stare decisis. Precedent. Distinguishing. Overruling. Practical reasoning. Civil Law. Resolución judicial. Tribunales. España. Brasil. Independencia judicial. Igualdad jurídica. Seguridad jurídica. Precedente. Jurisprudencia. Tribunal Supremo. Tribunal Constitucional. Uniformidad de criterio. Particularismo. Universalismo. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional. Incidente de resolución de demandas repetitivas. Coherencia. Sistema jurídico. Sociedad moderna. Enjuiciamiento civil. Proceso civil contemporáneo. Súmulas vinculantes. Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de Justiça.

Abstract

Legal precedents play a major role in *common law* and, through the work carried out by the courts, it is possible to verify that court decisions have been abided by since the very beginning as a way for equality and justice to unfold. The use of legal precedents has contributed to optimising a coherent and stable system of law. The value of argumentation is highlighted, principally through *stare decisis*. Interpretative criteria based on court decisions have exerted their influence in the legal decision-making process of future cases by analysing the *ratio decidendi* and the *obiter dicta*. The study of the techniques that help to make the legal system flexible makes possible the use of binding precedents without harming the evolution of the Law.

Moreover, noteworthy is the significance of court decisions in the *civil law* family through the use of doctrine. The irradiation of constitutional values, both in Spain and in Brazil, has shed light on the application of rule of law principles, equality in the application of the law and the protection of legitimate trust, all of which are interlocked in order to strengthen the need for the uniformization of doctrine and the use of mechanisms aimed at attaining this.

The study of legal actions inherent in the Spanish and Brazilian systems, as well as the incident of resolution of repetitive lawsuits, the so-called binding ‘*súmulas*’ by the Brazilian *Supremo Tribunal Federal* and the plenary resolutions in the Spanish jurisdiction, known as ‘*acuerdos de pleno*’, all reveal the role played by the courts in the contemporary civil law process by way of a new approach to doctrine.

Resumen

El precedente judicial desempeña un papel importante en el *common law* y a través del trabajo realizado por los Tribunales se comprueba que las decisiones judiciales fueron respetadas desde el inicio como forma de desenvolvimiento de la igualdad y la justicia. Su utilización contribuye para optimizar un sistema coherente y estable. Se destaca el valor de la argumentación, principalmente a través del *stare decisis*. Los criterios interpretativos fundamentados en la decisión judicial han ejercido su influencia en la decisión de casos futuros a través del estudio de la *ratio decidendi* y de los *obiter dicta*. El estudio de las técnicas que flexibilizan el sistema permite la utilización de los precedentes vinculantes sin perjudicar la evolución del Derecho.

Asimismo, cabe destacar la importancia de las decisiones judiciales en la familia del *civil law* a través de la jurisprudencia. La irradiación de los valores constitucionales, tanto en España como en Brasil, pone en relieve la aplicación de los principios de seguridad jurídica, la igualdad en la aplicación de la ley y la protección de la confianza legítima, todos los cuales se entrelazan para fortalecer la necesidad de la uniformización de la jurisprudencia y de la utilización de mecanismos tendientes a realizar esto.

El estudio de los recursos inherentes al sistema español y al brasileño, así como el incidente de resolución de demandas repetitivas y las *súmulas vinculantes* del *Supremo Tribunal Federal* en la jurisdicción brasileña y del Acuerdo de Pleno no jurisdiccional en la jurisdicción española revelan el papel atribuido a los tribunales en el proceso civil contemporáneo a través de un nuevo enfoque de la jurisprudencia.

Introducción

La jurisprudencia, desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos continentales, puede definirse como la interpretación común de las disposiciones jurídicas mediante resoluciones judiciales convergentes. En este sentido, para identificar y conocer con exactitud las normas jurídicas, es fundamental emprender un minucioso estudio de la importancia de la jurisprudencia, puesto que esta contribuye a determinar, al menos en parte, el alcance de las normas de un determinado ordenamiento jurídico.

No hay duda de que la ley debe interpretarse de acuerdo con la Constitución. En este sentido, el Poder Judicial debe ser coherente en la interpretación de la ley, pues el fortalecimiento del Estado de Derecho pasa por lograr un sistema jurídico equilibrado. De hecho, en el sistema puede resultar incoherente tratar casos iguales de forma distinta o interpretar de forma distinta casos similares.

Este trabajo analizará la institución del precedente en el contexto de la jurisprudencia, así como su papel en los sistemas jurídicos continentales. Para ello, debe emprenderse una comparación metodológica de las familias jurídicas, *common law* y *civil law*, para después analizar, a la luz de los ordenamientos jurídicos español y brasileño, la importancia de las distintas instituciones jurisdiccionales en la formación de la jurisprudencia, además de identificar sus funciones.

Asimismo, cabe un estudio detallado de los argumentos contrapuestos sobre el papel que desempeña la jurisprudencia, en particular, en lo que concierne a aquella emanada en España por las Cortes Constitucionales y el Tribunal Supremo y, por otro lado, en Brasil por el *Superior Tribunal de Justiça* y el *Supremo Tribunal Federal*.

Se investiga la posibilidad de acercar tradiciones jurídicas muy distintas, cuyos fundamentos e historia son muy dispares, es decir, nos preguntamos si es viable la existencia de un sistema de *civil law* impregnado por los elementos propios del sistema de *common law*. Además, nos cuestionamos si los países que adoptan el *civil law* están

preparados para trabajar con la institución del precedente, que conserva la *ratio decidendi*, en vez de la jurisprudencia.

En este sentido, se analizará la cuestión de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, así como las diferentes concepciones del papel que desempeña el juez ante la teoría general del derecho procesal contemporáneo.

Resulta importante hacer una distinción acerca de dos cuestiones sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia o los precedentes emitidos por Tribunal< Supremo>.

Primero, es importante observar que los tribunales siempre deben decidir, incluso si la ley es abstracta y genérica. Cuanto menos amplia, coherente e inteligible sea la ley, más grande el poder decisorio del juez en la creación de la jurisprudencia.

El segundo análisis es si la jurisprudencia de los tribunales superiores debe o no imponer un carácter vinculante a los tribunales inferiores. Ante el riesgo de interpretaciones divergentes por parte de los distintos tribunales y jueces, se impone la necesidad de unificar criterios a través de la jurisprudencia o precedente de los tribunales. En este sentido, ¿cabe señalar la fuerza vinculante del precedente? ¿Cuáles son los límites? Este segundo problema afecta a las relaciones dentro del Poder Judicial, y más precisamente la relación entre los tribunales superiores e inferiores. Así que será investigada la distribución de este carácter vinculante dentro del sistema judicial.

El foco será la vinculación de la relación de los tribunales superiores e inferiores, desde la perspectiva de la necesidad de una respuesta institucional a las disputas legales con la introducción de mecanismos para reducir la diversidad de soluciones jurídicas dispares y la autoridad de las decisiones emanadas.

En primer lugar, para abordar el tema central del trabajo, antes vamos que aludir a la experiencia jurídica del *common law* frente a los sistemas de *civil law*, cuyas diferencias estructurales se remontan, en la historia jurídica, a los criterios de interpretación de la ley y las decisiones judiciales, así como a las técnicas de razonamiento jurídico.

En ambos casos, los órganos judiciales presentan un conjunto inagotable de actos decisorios, en cuyo núcleo se encuentra, en principio, un precedente judicial, que nace como una regla de un caso. No hay duda de que, en los ordenamientos dominados por las reglas del *case law*, los precedentes judiciales gozan de fuerza vinculante y, por donde,

se convierten en la fuente de derecho más importante. En este contexto, hay todo un sistema conceptual, donde se identifican determinados institutos como el *stare decisis*, la *ratio decidendi*, el *obiter dictum*, el *distinguishing* o el *overruling*, que hasta hace poco eran ajenos al jurista del *civil law*.

Una de las características de la institución del precedente es su carácter fuertemente coercitivo, que impone a los jueces el deber de seguir, en los casos posteriores, las sentencias ya dictadas para situaciones análogas. En este ordenamiento jurídico, los precedentes son vinculantes, aunque haya un único pronunciamiento pertinente de un tribunal jerárquicamente superior.

A su vez, en el ámbito del derecho codificado del *civil law*, predomina la idea de que el precedente no tiene fuerza vinculante, de forma que la jurisprudencia es meramente persuasiva en el ordenamiento de aquellos países que adoptan este sistema. Se argumenta que las decisiones judiciales no son fuente de derecho, sino tan solo «fuente de conocimiento» del contenido de la norma jurídica, que surge como un instrumento que asiste al juez en el proceso hermenéutico de búsqueda de la mejor interpretación del contenido normativo de la ley.

A pesar de que las decisiones judiciales no tienen autoridad vinculante en este sistema, se suele utilizar la técnica de la clasificación de los precedentes, pues con ello se aumenta la previsibilidad de las decisiones y se favorece el principio de seguridad jurídica, al presentarse como un importante instrumento de uniformización de la jurisprudencia.

La estabilidad jurídica se logra principalmente gracias a la función nomofiláctica de los recursos interpuestos ante los tribunales, en los que se busca la interpretación exacta, única y verdadera de la ley, a fin de garantizar la certeza y la estabilidad jurídicas.

De esta forma, en un primer momento y con relación al tema propuesto, se utilizará el método comparado o por «comparación de derecho» entre familias jurídicas distintas, es decir, mediante la macrocomparación de las familias del *civil law* y *common law* y la microcomparación de los ordenamientos objeto de estudio, esto es, el brasileño y el español.

Para ello, el trabajo establecerá las semejanzas y las diferencias existentes entre ambas familias, a fin de analizar el marco general en el que se encuentra la norma, y se incluirá,

en este punto, la doctrina más relevante sobre el tema. Desde esta perspectiva, se analizará el papel que desempeña el precedente en la formulación del derecho, utilizando como parámetro y límite el *common law*, y en particular, el sistema inglés, a través de su formación histórica y demás significados atribuidos a este término.

Puesto que el estudio del ordenamiento inglés es fundamental para entender mejor la teoría del *stare decisis*, se promoverá un análisis del sistema judicial inglés a través de su organización judicial y el funcionamiento de la teoría del precedente en su ámbito. Se destacarán las raíces históricas del *stare decisis*, haciendo hincapié en las peculiaridades de las diferencias con la tradición romano-germánica.

También nos adentraremos en el estudio de los conceptos básicos del *common law*, como la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*, así como de las instituciones que sirven para flexibilizar este sistema, tales como el *overruling* y el *distinguishing*. Estas instituciones facilitan la apreciación de todas las situaciones de hecho implicadas en el caso concreto y, cuando no coinciden, permiten la formulación de una nueva decisión. Está claro que en el ordenamiento jurídico dominado por el *case law* es muy importante seleccionar y recopilar las resoluciones judiciales conocidas, lo que se conoce como *law reports*.

La investigación no se limitará a buscar textos, artículos y obras de la doctrina más relevantes sobre el tema, sino también la jurisprudencia (o los precedentes) más relevantes sobre la materia.

De esta forma, se partirá del presupuesto de que en la actualidad los países de tradición romano-germánica dan una gran importancia, al menos de facto, al reconocimiento de la jurisprudencia. No obstante, su posición teórica y contribución a la estabilidad del sistema es distinta. En este sentido, el precedente es una realidad en sistemas jurídicos heterogéneos desde un punto de vista histórico y estructural, de forma que en cada ordenamiento tiene unas características propias.

En efecto, en los ordenamientos jurídicos que adoptan la familia *civil law*, se observa la necesidad de introducir mecanismos que reduzcan la diversidad de sentencias sobre un mismo conflicto. Este objetivo se logrará, en primer lugar, gracias al principio de igualdad en la aplicación de la ley, que debe llevar a la igualdad en la aplicación de las normas. En este sentido, la forma y la función del análisis de la actividad jurisdiccional se basará en

una comparación individual y concreta a fin de determinar si, en la aplicación de las consecuencias jurídicas a dos casos idénticos, se ha utilizado el mismo procedimiento.

En segundo lugar, mediante el principio de seguridad jurídica, desde el punto de vista de la estabilidad y la continuidad del orden jurídico, así como de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de una determinada conducta. Por último, el principio de confianza legítima, impregnado en los ordenamientos jurídicos para evitar la frustración derivada de los nuevos criterios judiciales.

En suma, las normas jurídicas, como consecuencia de los cambios cada vez más intensos que se producen en la sociedad moderna, suelen adoptar la forma de normas generales y abstractas, con un grado de indeterminación cada vez más grande. De esta manera, a más indeterminación, mayor es la probabilidad de que existan decisiones judiciales dispares y mayor es el riesgo de vaciar de contenido los principios jurídicos antes mencionados.

Ante la necesidad de unificar criterios mediante la jurisprudencia de los tribunales superiores que están en la cúspide del sistema judicial, ¿debe afirmarse la fuerza vinculante de esta jurisprudencia o precedente?

Además de las consideraciones vinculadas a la comparación entre las familias *common law* y *civil law*, la respuesta en cuestión pasa por analizar la sumisión del juez al imperio de la ley y el instituto de la independencia judicial, configurado como principio, premisa o regla. En los ordenamientos jurídicos español y brasileño, los debates sobre la sumisión del juez al imperio de la ley y sobre la independencia judicial generan reflexiones sobre la imposibilidad de que la jurisprudencia adquiriera un carácter vinculante.

El ordenamiento español debe analizarse desde la perspectiva de las disposiciones constitucionales (art. 117.1 de la Constitución) e infralegales (art. 1.1 del Código Civil y art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

En Brasil, se ha promulgado en 2016 una nueva Ley de Enjuiciamiento (*Código de Processo Civil*), que siguiendo la evolución doctrinal, busca uniformizar y estabilizar la jurisprudencia y reconoce la importancia de los principios de seguridad jurídica, legalidad, igualdad, duración razonable del proceso y contradicción. Introducir la institución del precedente en el nuevo código ha sido, sin lugar a dudas, la novedad más importante.

El nuevo *Código de Proceso Civil* pretende asegurar a quienes utilizan y aplican el derecho la seguridad propia de las decisiones estables, puesto que, desde esta perspectiva, se facilita el enjuiciamiento de las demandas repetitivas y se realiza el principio de igualdad entre los ciudadanos, cuyas demandas pasan a recibir una respuesta judicial uniforme.

Desde este punto de vista, la modificación de un criterio consolidado requiere una motivación adecuada y específica, dada la necesidad de que las relaciones jurídicas sean estables. En este sentido, destacan, por su importancia, el principio de contradicción y el deber argumentativo de las partes y la resolución judicial.

Por todo ello, encontrar una respuesta uniforme para este tema no se presenta como una tarea sencilla, empezando, esencialmente, por la reflexión de la premisa de que la jurisprudencia no tiene valor como fuente del derecho.

No obstante, parece innegable el papel que juega la jurisprudencia en los ordenamientos jurídicos y el hecho de que tanto los jueces, como los abogados y los juristas en general, deben abordar y permitir la adaptación de las normas vigentes a una sociedad en constante evolución. Por ello, surge la idea de que el precedente, tema propio de los países del *common law*, es un fenómeno común a todos los ordenamientos y que tiende a la unidad.

Todas estas reflexiones se dirigirán a responder a la tesis principal y se tendrán en cuenta en las conclusiones relativas al objetivo de la jurisprudencia, tanto en la búsqueda de la justicia del caso concreto, como de la paz judicial, concretadas en soluciones coherentes y justificadas que fundamenten la continuidad de la aplicación de las conclusiones en casos futuros.

No se propugna una ruptura radical con las construcciones anteriores, sino la búsqueda de un nuevo enfoque que explique mejor la realidad mediante nuevas reflexiones sobre el tema. En este sentido, se analizarán los diversos caminos ya explorados, a fin de demostrar las debilidades que impiden llegar a unas conclusiones y las virtudes en las que se puede apoyar para alcanzar otras.

El estudio sobre la vinculación de la jurisprudencia y la importancia de los tribunales ya lo han debatido y expuesto diversos autores de renombre, empero, lo que se pretende es reflexionar sobre las diversas conclusiones en una sociedad que, al organizarse en niveles

cada vez más complejos, necesita instrumentos capaces de regular de forma satisfactoria las relaciones de los sujetos que las integran.

Las preguntas se orientan a descubrir la posibilidad de acercar dos tradiciones judiciales con fundamentos e historia tan distintos, es decir, si es factible un sistema de *civil law* impregnado de los elementos propios del sistema del *common law*. También se pretende responder si los países que adoptan el sistema del *civil law* están preparados para trabajar con precedentes, que conservan la *ratio decidendi*, en vez de con la jurisprudencia basada en repetición y uniformización de las decisiones.

De esta forma, se cuestiona: ¿es posible unificar criterios a través de la jurisprudencia de los tribunales supremos que están en la cúspide del sistema judicial? ¿Debe afirmarse la fuerza vinculante de esta jurisprudencia o del precedente?

Con relación al ordenamiento jurídico brasileño, recientemente se ha introducido en el nuevo *Código de Processo Civil* de 2016 la figura del incidente de resolución de demandas repetitivas, cuando se produce una efectiva repetición de procesos relativos a controversias sobre una misma cuestión exclusivamente de derecho y que sea susceptible de perjudicar la autonomía y la seguridad jurídicas.

La decisión del tribunal en la referida causa incidental se aplicará a todos los procesos individuales o colectivos que traten sobre la misma cuestión de derecho y que se tramiten en su ámbito de jurisdicción, además de los casos futuros que traten sobre la misma cuestión de derecho y se tramiten en el ámbito de competencia territorial de dicho tribunal.

Esa decisión tendrá repercusión en todo el territorio nacional si se recurre de la resolución que resolvió el incidente ante el Supremo Tribunal Federal. En cualquiera de los casos cabe interponer una reclamación ante el tribunal a fin de garantizar el cumplimiento de la sentencia definitiva del incidente que resuelve demandas repetitivas.

En este contexto, el estudio del derecho comparado constituye un valioso instrumento que permitirá descubrir el tratamiento que reciben en otros países problemas similares a los encontrados en los ordenamientos jurídicos del *civil law*. También posibilitará delinear paralelismos que permitan entender las instituciones y reflexionar sobre la evolución de

hecho y de derecho de los ordenamientos estudiados a la luz de las soluciones adoptadas en otros países.

Ante este nuevo escenario se buscarán los fundamentos, la razón de ser y la finalidad de las cuestiones analizadas, así como el análisis de los caminos propuestos para llegar a la respuesta adecuada del tema de estudio.

Capítulo I – La familia del *common law*

1.1. El *common law* y su relación con el *stare decisis*

En principio, los países integrantes de la familia del *common law* se caracterizan por una preponderancia del derecho esencialmente producido por los jueces (*judge-made law*), donde el orden jurídico no está constituido predominantemente por el derecho escrito (*statutory law*) sino por los precedentes (*precedents*), los cuales son vinculantes. La idea es que a partir de las soluciones proferidas en cada caso, en la práctica se buscaría formular principios aplicables en situaciones análogas. El derecho se desarrollaría a medida que las asociaciones y distinciones entre los casos propiciasen la aplicación de resultados idénticos o provocasen la creación de nuevos precedentes.

El *common law* puede ser definido como la familia jurídica basada más en los precedentes judiciales que en las leyes escritas. Deriva más de principios que de las normas (*rules*), y no consiste en normas absolutas, rígidas e inflexibles, sino en amplios principios basados en la justicia, la razón y el sentido común que se fueron amoldando y modificando según las necesidades sociales de la comunidad (Gifis 2003). El *common law* es amplio y abarca países tales como la propia Inglaterra, los Estados Unidos y los miembros del *Commonwealth*, que es la comunidad formada por los países históricamente ligados al Reino Unido, como por ejemplo Australia, Canadá, e India, entre otros.

En este contexto es que surge el interés en un estudio moderno y dinámico de los países integrantes de la familia del *common law* y, por eso, el presente capítulo tiene como objetivo demostrar cómo la legislación inglesa se adaptó para ofrecer un sistema de justicia atractivo a través de la aplicación del precedente judicial. De todos modos, obsérvese que el derecho inglés tiene como característica la aplicación de la decisión judicial vinculante y en la actualidad está fuertemente influenciado por las leyes escritas (*statutory law*).

Se estudia el carácter histórico del *common law* sin perder de vista la necesidad de su contextualización y origen, así como del pragmatismo característico de esta tradición como forma de alejarse de conceptualizaciones genéricas y abstractas.

La evolución del *common law*¹ en Inglaterra se dio a través del establecimiento de un derecho «común» para toda Inglaterra en oposición a las diferentes costumbres locales; en este sentido, la doctrina comparatista ha reconocido la existencia de cuatro periodos principales que marcan esta evolución en la historia del ordenamiento jurídico inglés. El primer periodo antecede a la conquista normanda de 1066, suceso que marca el inicio del segundo periodo, el cual concluye en el año 1485 con el establecimiento de la familia de los Tudor en el trono inglés. El tercer periodo transcurre entre 1485 y 1832, año en el que tuvo lugar la ampliación del *common law* y la complementariedad de un sistema potencialmente rival basado en reglas de equidad; el año 1832 marca el inicio del último periodo que llega al presente, una etapa durante el cual el sistema de *common law* permanece sólido si bien aumenta la cantidad de leyes en sentido estricto (David, 1972).

A continuación desarrollaremos las líneas básicas de estos períodos haciendo hincapié en los principales hitos en la evolución del *common law*. Esa trayectoria se hace necesaria para analizar la función del precedente en el sistema del *judge-made law*, que posee una estructura común que atraviesa el derecho inglés desde su origen y el comienzo de su historia. Por consiguiente, desde allí comenzaremos nuestra exposición.

El derecho anglosajón dominó el primer período que predominó antes de 1066, donde la sociedad estaba representada por una organización política eminentemente tribal con un ordenamiento fragmentado en diversas costumbres locales. En suma, no había un derecho único.

Un hecho que se destaca tras la famosa batalla de Hastings —conocida como un desastre de grandes proporciones ocurrido en 1066, donde Guillermo, Duque de Normandía, derrota al rey Haroldo de Inglaterra— es la producción de una ley común surgida a partir de la combinación de «las leyes del suelo normandas y los tribunales que trataban las costumbres inglesas y a través de una clase administrativa vinculada a la corona» (Gearey, Morrisson y Jago 2009, 25). A través de esa invasión se inició una nueva dinastía, lo que

¹ Obsérvese que el origen del término «*common law*» surgió en virtud de la solución de litigios con base en las costumbres que eran observadas por los ingleses.

provocó la retirada de la aristocracia nativa y el surgimiento de una sociedad dividida. Surge así una minoría dominante francesa que introduce valores, normas y diferentes lenguajes entre las masas nativas inglesas.

En esa época, el crecimiento del derecho común se debió, en gran parte, a una capacidad de organización de los tribunales para decidir conflictos a través de la articulación de principios y reglas, hecho fundamental para unificar normas y costumbres que de otra forma resultaban conflictuales y concurrentes. Hay aquí un reconocimiento al segundo período, que marca la evolución del derecho «común» en toda Inglaterra.

Esta segunda etapa histórica resulta de extrema importancia para comprender el origen de la vinculación del derecho inglés. La formación del *common law* derivó de las antiguas costumbres locales, cuya característica esencial es la ausencia durante su período de formación de un poder legislativo efectivo en el seno del Parlamento y la existencia del poder de las Cortes Reales de Justicia. El *common law* designa a la totalidad de esas normas, las cuales fueron absorbidas a partir de las decisiones que resolvieron litigios a nivel local.

Así pues, con el establecimiento de la familia Tudor, el *common law* se fue consolidando debido a la fortaleza del poder de los reyes, desde el punto de vista institucional, por medio de las órdenes reales dirigidas a los funcionarios, así como a través del desarrollo de un cuerpo de profesionales estructurados que establecían los procesamientos y las ejecuciones de los juicios. La ley no fue establecida como un escrito sagrado y, por eso, no se constituyó a través de una alianza de los juristas; por el contrario, fue desarrollándose a través de la continuidad de los tribunales centrales que decidían los casos de todo el Reino (Gearey *et al.* 2009, 24-32).

Se preservó la aplicación del derecho común concomitantemente al funcionamiento de los *county courts* (tribunales de condado), que al inicio estaban compuestos por la asamblea de hombres libres y, posteriormente, como jurisdicciones señoriales. El rey, con la ayuda de la *Curia Regis*² (el Concilio Real), se encargaba de la función decisoria solamente en casos excepcionales, como, por ejemplo, ante la imposibilidad de aplicar la justicia por el medio común ordinario. Obsérvese que con el paso del tiempo, la *Curia Regis* se segmentó también en otras formaciones más especializadas, como la encargada

² La «*Curia Regis*» era un concilio integrado por terratenientes y eclesiásticos.

de aconsejar al rey en materia legislativa. Algunas formaciones de este órgano alcanzaron autonomía en el siglo XVII³, asentándose en Westminster, incluidos los Tribunales Reales de Justicia, que establecían las normas comunes para toda Inglaterra restringidas a cuestiones que amenazasen la paz del reino.

El rey, a pesar de no intervenir en las decisiones de los Tribunales de Westminster, continuó ejerciendo su competencia decisoria, primero con carácter recursal y, más tarde, originaria y con carácter subsidiario al *common law*, ya que sus decisiones no tenían carácter jurídico, aunque sí de equidad, para una situación de non liquet. El canciller (en otros términos, consejero, denominado en inglés *Counsellor*) era inicialmente un eclesiástico escogido por el rey para una concesión de medidas en los casos en que no hubiese un *writ* (mandamiento judicial) en el *common law*.

El requisito de nominación de un eclesiástico se fundó en el reinado de Enrique VIII, quien reinó de 1509 a 1547, período en el cual hubo una ampliación del *common law* y se aplicaron las normas de equidad. Paralelamente a los Tribunales Reales de Justicia, los *Courts of Chancery* (Tribunales de Cancillería) creaban normas y lenguajes propios, distintos al *common law*, impartiendo justicia a partir de la equidad, ante la necesidad de rellenar las lagunas del *common law* y de equilibrar el rigor formal de la ley (Caenegem 2012)⁴.

Obsérvese que los *Courts of Chancery* (Tribunales de Cancillería) tan solo fueron suprimidos en el último período histórico que marca la evolución del *common law*, ante la sanción del conjunto de los *Judiciary Acts* (Leyes Judiciales), que se inició en 1873 y se desarrolló en los dos años siguientes.

³ Entre estas se incluyen el Parlamento y las comisiones jurisdiccionales que fijaron su domicilio en Westminster.

⁴ «Algunas de las imperfecciones obvias [del sistema del] *common law* fueron corregidas a partir de la Edad Media tardía por la jurisdicción de *Equity* en la Corte de la Cancillería, cuyo punto de vista era fuertemente romano-canónico, un precio que se debía pagar por la naturaleza precoz de la Common Law. El siglo XVI fue testigo de la creciente importancia de los tribunales de prerrogativas y aun hubo algunos intentos por parte de Enrique VIII para introducir el derecho romano, pero el siglo XVII vio el triunfo de la *common law*, la cual conservó su procedimiento esencial hasta las grandes reformas del [siglo] XIX y mucho de nuestro derecho sustancial hasta nuestros días» (Caenegem 2012, 106). [Traducción libre de la autora.]

En 1608, aún en plena fase de evolución del *common law*, Edward Coke publica la primera parte de las instituciones de las leyes inglesas, elaborando una teoría según la cual el *common law* constituía el derecho fundamental de Inglaterra (Goodrich 1990, 213-230)⁵, donde el poder esgrimido por el Parlamento y el rey encontraba limitaciones. En 1628, Coke redacta, como integrante del parlamento inglés, la petición de derechos, una primera relación de los derechos fundamentales de los que gozaban los ciudadanos ingleses. En 1765, William Blackstone comienza la publicación de sus comentarios sobre las Leyes de Inglaterra, tratado definitivo sobre el *common law* en el siglo XVIII.

Hay así una longevidad innegable del *common law*, que sobrevivió a guerras civiles y cambios dinásticos y donde varias veces fue invocada su superioridad sobre la del propio Rey, la Iglesia y el Parlamento.

Ante esta cronología, resulta importante resaltar que los sistemas jurídicos que acompañan a la familia *common law* pueden ser divididos en leyes escritas (*written laws*) y leyes no escritas (*unwritten laws*). Una *lex non scripta*, es decir, ley no escrita (*unwritten law*), a pesar de la referencia a lo «no escrito», corresponde también a material obtenido a través de memoriales y manuscritos, pero no necesariamente en su forma original y sí obtenido a partir de la reiteración de unos usos y costumbres. Las *leges scriptae*, o leyes escritas (*written laws*), son las comúnmente llamadas *statute laws* o *Acts of Parliament*, que son reducidas a término antes de ser promulgadas.

Gran parte de las sociedades modernas operan con sus sistemas jurídicos a través de una constitución escrita. Una constitución crea derechos, deberes y obligaciones, y separa y garantiza los derechos de individuos, instituciones, proporcionando mecanismos de cooperación en el marco de un Estado-nación. En ese marco legal, la constitución de cada país ocupa el primer lugar en el orden jerárquico.

Sin embargo, el Reino Unido no cuenta con una constitución escrita formal que deba ser seguida de forma jerarquizada, a pesar de la promulgación de la reforma constitucional denominada *Constitutional Reform Act 2005*. En este sistema es posible situar las leyes escritas en la cúspide de una pirámide conformada por niveles jerárquicos a través de las leyes promulgadas por el Parlamento, las denominadas *Acts of Parliament* y *statute laws*, las cuales constituyen una legislación primaria, seguidas de una legislación secundaria.

⁵ Habla sobre la iconografía del derecho inglés.

En la base de la pirámide encontramos las leyes no escritas o *common law*. En el sistema inglés, las *Acts of Parliament* y *statute laws* son fuentes primarias del derecho, en tanto que la legislación secundaria se sitúa como una fuente secundaria del derecho.

Matthew Hale establece una división de las leyes escritas, entre las *statute laws* y las *Acts of Parliament*, elaboradas antes del llamado *Time of Memory* (Tiempo de la memoria), y aquellas elaboradas durante y después de esa época (Hale 1971, 3-5)⁶. Los estatutos y las leyes del Parlamento que fueron elaborados antes del reinado del rey Richard (Hale 1971, p. 4)⁷ (su reinado es el último que antecede a la era de los Tudor) y que no fueron revocados o alterados, ni por un uso contrario, ni por actos posteriores del Parlamento, son considerados parte de la ley no escrita estando así incorporados y formando parte del *common law*. Tales estatutos no son considerados como leyes del parlamento, pero obtienen su fuerza de ley a través del uso y la costumbre.

En relación a las leyes no escritas, Hale se refiere no solo a las costumbres generales, o al *common law*, derecho común propiamente dicho, sino también a las normas y costumbres aplicadas por ciertos tribunales. Se refiere a lo que ha pasado a través de la comunicación de palabras con el correr de los tiempos, y también por medio de los

⁶ Según Hale, «Las leyes estatutarias, o las Leyes del Parlamento, son de dos tipos, es decir, primero, aquellos Estatutos que fueron hechos antes del Tiempo de la Memoria; y segundo, aquellos Estatutos que fueron hechos en o desde el Tiempo de la Memoria; en ellos obsérvese que de acuerdo con el Relato jurídico y la Significación legal, el Tiempo dentro de la Memoria es el Tiempo de Limitación en un Auto de derecho (*Writ of Right*); el cual por el Estatuto de Westminster I, cap. 38, se resolvió, y quedó reducido al Inicio del Reino del Rey Ricardo I o Ex prima Coronatione Regis Richardi Primi, quien comenzó su Reinado el 6 de julio de 1189 y fue Coronado el 3 de septiembre siguiente: de manera que quienquiera que estuviera antes de aquel Tiempo, está, en el sentido legal, lo que se dice dentro o desde el Tiempo de la Memoria». [Traducción libre de la autora.]

⁷ Hale detalla que: «Muchas de aquellas Cosas que ahora se obtienen a modo del *Common Law*, tuvieron su Original en las Leyes del Parlamento o las Constituciones, hechas por Escrito por el Rey, los Lores y los Comunes; aunque estas Leyes ahora no estén vigentes o, si estuvieran vigentes, fueran hechas antes del Tiempo de la Memoria; y la Prueba de la Verdad correspondiente fácilmente aparecerá, puesto que en muchas de aquellas viejas Leyes del Parlamento que fueran hechas antes del Tiempo de la Memoria, y que aún siguen vigentes, encontramos muchas de aquellas Leyes promulgadas que ahora se obtienen meramente como *Common Law*, o la Costumbre General del Reino; Y fueron el resto de aquellas Leyes vigentes, probablemente los Pasos de la Institución Original de muchas más Leyes que ahora se obtienen meramente como *Common Law*, o Leyes por Costumbre, por Uso inmemorial, parecerían haber sido las primeras Leyes Estatutarias, o Leyes del Parlamento». [Traducción libre de la autora.]

diversos manuscritos que sobrevivieron a lo largo de los tiempos y que traspasaron una probabilidad de certeza en cuanto a su procedencia (Hale 1971, 16). La autoridad está en el origen de esas normas no solo establecidas por escrito o mediante las *Acts of Parliament*, sino que crecieron con el uso y adquirieron autoridad y fuerza de ley a través de un uso prolongado e inmemorial.

Obsérvese que los jueces ingleses no son libres para interpretar la ley (*primary and secondary legislation*), sino que deben siempre buscar la intención de la ley a través de la utilización de técnicas de interpretación, como se analizará más adelante. No obstante, el *common law* aparece también como otra fuente principal de normas legales y, en este caso, la autoridad final para la norma legal no está en ninguna ley o estatuto, sino en decisiones anteriores del tribunal. El *common law* es una fuente inferior de normas legales en comparación con la ley sancionada por el Parlamento, y es, por lo tanto, un área de menor alcance, una vez que la intervención estatal va abarcando una parte cada vez mayor de la vida social y comercial.

En este aspecto hay dos puntos que deben ser atendidos. El primero es la aceptación normal y habitual del *common law*. Esto ocurre cuando el *common law* determina cuáles son las costumbres buenas y razonables y cuáles son las irrazonables y nulas, aun cuando dé fuerza y eficacia a las costumbres comúnmente aceptadas, determinando su continuidad en el tiempo de modo que se haga valer su autoridad y se impongan los límites y extensiones de la costumbre reconocida. En otros términos, se trata de las normas integrantes del *common law*, las cuales están situadas en la base de la pirámide legislativa.

El segundo punto atañe a cuestiones y controversias con respecto al *common law* que llegan a los tribunales, los cuales desde el inicio tuvieron una autoridad también respetada como forma para el desenvolvimiento de la igualdad y la justicia (este aspecto será desarrollado en mayor detalle cuando tratemos el papel de los tribunales más adelante en este capítulo).

En paralelo, la aplicación del principio del *stare decisis* asegura un buen funcionamiento del *common law*, por el cual las decisiones judiciales deben ser consideradas vinculantes no solamente para las partes, sino también para los casos semejantes decididos en el futuro. Trátase de aplicar las lecciones del pasado para resolver los problemas del presente y el futuro y así se perpetúa cada vez más lo que ya fue establecido. De tal manera se

afianza el principio del *stare decisis quieta non movere*, o sea, mantener lo que fue decidido y no modificar lo que existe.

Obsérvese que las razones que afirman la autoridad de las decisiones del *common law* se enlazan fundamentalmente a través del precedente, es decir, a través de una decisión anterior. Naturalmente, los jueces de vez en cuando recurren a los estatutos y reglamentos, y la autoridad de las decisiones se sustenta a través de la utilización de los motivos existentes para la aplicación del precedente (Summers 1978)⁸. Hasta el siglo XVI

⁸ Summers, al tratar sobre las razones de la autoridad, señala que «básicamente consisten en apelar al precedente» (1978, 724) y prosigue: «(...) Primero, los jueces a veces apelan directamente al precedente indistinguible o a la “línea de mando” que tiene efecto vinculante para el tribunal. Este tipo de razones de autoridad derivan su fuerza justificatoria de dos fuentes principales: (1) las razones substantivas detrás del precedente en sí, y (2) la aplicabilidad de más razones substantivas que brinden sustento a la doctrina del precedente. Segundo, es posible que un precedente sea pertinente pero no vinculante por los estatutos o la jurisdicción del tribunal decisorio. Generalmente dicha autoridad se cita únicamente por la fuerza intrínseca de las razones substantivas que lo sustentan [al precedente], o por la consideración extrínseca de “uniformidad”. Dichas razones no derivan fuerza alguna de la doctrina del precedente vinculante. Tercero, los jueces a veces justifican sus decisiones en base a una analogía con respecto a o una armonía con una decisión anterior. El precedente citado podría, a la luz de las razones substantivas que lo sustentan, tener fuerza por analogía, o, aunque no fuera estrechamente análogo, podría tener fuerza en virtud de su coherencia y armonía con la autoridad existente. Por ejemplo, una vez que un tribunal haya decidido que la aceptación de una oferta por correo es efectiva al despacharse, se vuelve más armonioso sostener que una revocación se vuelve efectiva solo ante la recepción. Un cuarto tipo común de razón de autoridad consiste en la elaboración de conceptos ya reconocidos por el *common law*. Sin apelar a las razones substantivas, un juez podría argumentar que la lógica interna o el contenido de los conceptos requiere de un resultado específico. Por ejemplo, podría argumentar en determinado caso que ningún contrato podría haber surgido porque una de las partes del supuesto contrato, una sociedad, no estaba constituida al momento de que fuera celebrado supuestamente el contrato, y la existencia de las partes correspondientes al momento de la contratación es un requisito en nuestro Derecho societario. Aquí la apelación justificatoria es ante un estado de situación existente de tipo calificado (desarrollada a partir del precedente), a saber, nuestro concepto de contrato. En principio, este tipo de apelación podría o no adoptar un precedente vinculante, y tal vez incluso un precedente que fuera meramente análogo». [Traducción libre de la autora.] Original: «B. Authority Reasons. (...) First, judges sometimes appeal directly to a nondistinguishable precedent or “line of authority” that is binding on the court. This kind of authority reasons derives its justificatory force from two main sources: (1) the substantive reasons behind the precedent itself, and (2) the applicability of further substantive reasons that support the doctrine of precedent. Second, a precedent might be in point but not binding because of the statutes or locale of the deciding court. Generally, such authority is cited solely for the intrinsic force the substantive reasons behind it, or because of the extrinsic consideration of

(Duxbury 1999) no se consideraban vinculantes las decisiones de los tribunales, tal vez por falta de un sistema judicial organizado o por la falta de acceso disponible a los casos juzgados, los llamados *reports* (informes). Hasta entonces, el precedente no tenía la autoridad de vincular las decisiones posteriores, aunque era citado en la práctica judicial de forma más intensa o no dependiendo del precedente⁹.

Hacia finales del siglo XVII y comienzos del siglo XVIII, la presencia de diversos casos que contenían los mismos principios legales aumentaron la fuerza persuasiva de las decisiones judiciales, y en aquella época solamente las decisiones del *Exchequer*

‘uniformity’. Such reasons derive no force from the doctrine of binding precedent. Third, judges sometimes justify decisions on the basis of analogy to or harmony with prior decision. The precedent cited might, in light of the substantive reasons behind it, have force by analogy, or, though not closely analogous, it might have force by virtue of its coherence and harmony with existing authority. For example, once a court has decided that acceptance of an offer by post is effective on dispatch, it becomes more harmonious to hold that a revocation is effective only on receipt. A fourth and familiar type of authority reason consist of the formal elaboration of concepts already recognized by the Common Law. Without appealing to substantive reasons, a judge might argue that the internal logic or content of concepts requires a specific result. For example, he might argue in a given case that no contract could have arisen because one of the parties to the purported contract, a corporation, was not formed at the time the contract was allegedly entered into, and the existence of the relevant parties at the time of contracting is a requirement of our contract law. Here the justificatory appeal is to an existing authoritative state of affairs (built up through precedent), namely, our concept of contract. Such an appeal might or might not ultimately be to binding precedent, and it might even be to precedent that is merely analogous».

⁹ Williams explica (2012, 56): «Para cuando llegó la Guerra Civil, habían acontecido cambios profundos en las ideas de argumentación legal y en la manera de citar casos anteriores, en especial del registro. Algunos de estos desarrollos sugieren que la experiencia más temprana de precedentes vinculantes en un sentido moderno se podía encontrar en el uso del registro y que los argumentos usuales, pero poderosos, que lo empleaban estaban cada vez más fundidos con los argumentos más familiares que empleaban [*law reports* (informes)]. La percatación del auge de los *reports* llena un vacío en la historia de los precedentes y daría pistas acerca del porqué los abogados podrían haber llegado a percibir a los *law reports* como portadores de cierta autoridad». [Traducción libre de la autora.] <https://doi.org/10.1017/CBO9781139093613.005>

*Chamber*¹⁰ (Cámara de Cuentas) comenzaron a ser vinculantes (Falcón y Tella 2010, 43-46)¹¹.

En un primer momento, el precedente fue visto en los tribunales ingleses a través de la autoridad de sus decisiones (Caenegem 2012)¹² y, en un segundo momento, se consolidó en el derecho inglés la conocida doctrina del precedente donde una decisión anterior debe ser obligatoriamente seguida en la decisión posterior, fijándose así formalmente la práctica judicial del *stare decisis* hacia finales del siglo XIX (Duxbury 2008; Whittaker 2008).

A estas alturas cabe destacar que la norma del derecho en el *common law* se formula en cada caso concreto y, consecuentemente, el sistema probablemente habría sido ineficaz si no hubiese una vinculación a los precedentes. Se trata no solo de una fuente del derecho, sino también de una forma de supervivencia para mantener el sistema seguro y cohesivo.

El crecimiento y establecimiento del *common law* ocurrió a través del trabajo realizado por los tribunales, ya que son las decisiones de estos las que fueron respetadas desde el inicio. Se destaca su vinculación principalmente en base a la doctrina del *stare decisis*.

¹⁰ En Inglaterra, la *Court of Exchequer Chamber* (Cámara del Tribunal de Cuentas) fue un tribunal de apelaciones del *common law* para las acciones civiles antes de la reforma promovida por las *Judicature Acts* sancionadas en la primera mitad de la década de 1870.

¹¹ Los autores señalan que Theodore Plucknett fue quien comienza a esbozar el efecto vinculante que solo se consagró plenamente en el siglo XIX.

¹² Caenegem (2012, 108-109) se refiere a que: «La importancia de los tiempos puede observarse siempre en la diferencia histórica entre Inglaterra y el Continente. Su desarrollo fue tan divergente no porque los elementos básicos de la civilización inglesa fueran distintos—los compartimos todos, las tradiciones mediterráneas y germánicas, la Cristiandad en sus formas católicas y protestantes, la vida urbana, la monarquía y los parlamentos, las universidades y las ciencias, las artes y la agricultura, el comercio y la industria—pero debido a que los tiempos en que hicieron su aparición y su influencia fueron diferentes. Los ingredientes fueron los mismos, el ritmo de su impacto, la sucesión de sus idas y vueltas fue diferente». [Traducción libre de la autora.] Original: “The importance of timing can be seen all along in the historical difference between England and the Continent. Their development was so divergent not because the basic elements of English civilization were different – we share them all, the Mediterranean and the Germanic traditions, Christianity in its catholic and protestant forms, urban life, the monarchy and parliaments, the universities and science, the arts and agriculture, trade and industry – but because the timing of their appearance and influence was different. The ingredients are the same, the rhythm of their impact, the succession of their ups and downs was different”.

1.2. La aplicación de la decisión judicial de forma coherente y estable según Dworkin

La discusión acerca de las decisiones judiciales a lo largo del tiempo repercute no solo en el sistema económico, generando seguridad jurídica y reduciendo costes (Coase 1960)¹³, sino también en el comportamiento de los litigantes y del propio Poder Judicial teniendo en cuenta que una demora en la formación de entendimientos jurisprudenciales estables y confiables genera ruidos de comunicación entre las partes en cuanto se encuentre pendiente el juzgamiento de un supuesto «macro juicio», más allá de contribuir a un comportamiento oportunista de las partes, quienes apenas obtienen ganancias con el juzgamiento de una demanda o la interposición de recursos.

Se debe observar que lo que se pretende obtener con la utilización del precedente, en su más genuina concepción, es su aplicación de forma coherente y estable. El primer aspecto se alcanza cuando los tribunales deciden casos análogos de acuerdo con las decisiones anteriores, salvo en el caso de distinción o superación. El segundo aspecto es alcanzado cuando los tribunales observan sus propios precedentes. Cabe destacar que los tribunales consiguen mantener la integridad del ordenamiento jurídico, como veremos más adelante, al decidir de forma que mantengan su unidad, utilizándose a este efecto las técnicas de distinción y superación.

La aplicación coherente del precedente hace que en el último análisis se reduzca la contradicción y la divergencia de las decisiones jurídicas, evitando así la ocurrencia de esas disfunciones. La coherencia se presenta, así como una relación de ideas que están de acuerdo entre sí y que justifica el presente como base en el pasado. Así pues, hay coherencia del tribunal cuando reitera sus propias decisiones anteriores de la forma más fiel y precisa posible. Se alcanza, de esa forma, la seguridad jurídica pretendida en cualquier ordenamiento jurídico, lo que demuestra el aspecto positivo de la coherencia.

Entretanto, hay un lado negativo de la coherencia. En cuanto al tema del papel y la jerarquía de los tribunales judiciales, se analiza la cuestión de los precedentes

¹³ Véase este autor, quien analiza la problemática de los costes.

inconsistentes con otras normas, injustas en cuanto a su aplicación y no adaptadas en virtud de la alteración de sus condiciones. En estos casos la coherencia puede perpetuar la continuidad de un error si la fidelidad a la coherencia del sistema fuera exagerada a través del mantenimiento y la fidelidad con respecto al seguimiento de las decisiones anteriores (aun cuando estas fueran incorrectas). Es posible ser coherente con las reglas despreciando los principios, e incluso ser coherente con los principios fielmente aplicados en el pasado de forma de preservar la aplicación de principios inequívocamente errados.

En este punto resulta apropiado recordar que tanto el *common law* como el *civil law* se vinculan a la concepción del derecho como integridad, siendo fundamental perquirir en qué consiste el respeto a esa virtud presente en las relaciones cotidianas y exploradas en el derecho, a un nivel teórico y práctico, por Ronald Dworkin (2008, 132-158)¹⁴.

Dworkin desarrolló su concepción de la ley en reacción a las enseñanzas positivistas, especialmente con respecto a las de H. L. A. Hart (1984)¹⁵, quien defendía la existencia

¹⁴ En este libro Dworkin expone su concepción sobre la ley.

¹⁵ Hart alega que: «“Estoy seguro que la teoría del profesor Dworkin entusiasmará y estimulará tanto a juristas como a filósofos por mucho tiempo en ambos lados del Atlántico. Ciertamente ya ha contribuido mucho al conjunto de ideas valiosas sobre la jurisprudencia. Pero si yo pudiera aventurar una profecía, creo que la crítica principal que esta [la teoría de Dworkin] atraería sería su insistencia en que, aun si no hubiera forma de demostrar cuál de dos soluciones opuestas, ambas igualmente bien fundamentadas en las leyes vigentes, son correctas, incluso así debería siempre haber una única respuesta correcta que espera para ser descubierta. Los abogados tal vez piensen que si un juez se ha ajustado a derecho antes de decidir con respecto a todas aquellas limitaciones que distinguen la labor legislativa del Judiciario de la tarea legislativa llevada adelante por un legislador, máxime si ha considerado concienzudamente e imparcialmente lo que el profesor Dworkin denomina correctamente la fuerza gravitacional de la ley claramente establecida y si ha arribado a la conclusión en cuanto a cuál de las alternativas a mano es la más imparcial o justa, no tendría sentido insistir en que hay una única respuesta correcta si un juez colega arriba a una conclusión distinta tras el mismo proceso concienzudo, lo cual demostraría cuál de los dos, si alguno lo fuera, está en lo cierto, aunque esta respuesta esté perdida en los cerros de Úbeda judiciales y nadie puede identificarla fehacientemente». [Traducción libre de la autora.] Original: «Professor Dworkin's theory will, I am sure, much excite and stimulate both jurists and philosophers for a long time on both sides of the Atlantic. It has indeed already added much to the stock of valuable jurisprudential ideas. But if I may venture a prophecy, I think the chief criticism that it will attract will be of his insistence that, even if there is no way of demonstrating which of two conflicting solutions, both equally well warranted by the existing law, is correct, still there must always be a single correct answer awaiting discovery. Lawyers might think that if a judge has conformed before he decides to all those constraints which distinguish judicial law-making

de casos en los cuales las reglas legales establecidas no ofrecerían una respuesta clara, ya sea porque ninguna regla pareciera cubrir el caso en cuestión o porque la regla aplicable fuera vaga.

Según Dworkin, la comunidad política debe estar organizada sobre las bases de ciertos ideales políticos que se traducen a través de un discurso jurídico que se vuelva concreto en las normas, sean estas reglas o principios. Varias son esas ideas, incluida la justicia, la igualdad, el debido proceso legal, entre otras. Se espera que las personas actúen de forma correcta en las prácticas ordinarias de las relaciones sociales. Entretanto, no siempre hay una concordancia en aquello que se acredita como correcto y, consecuentemente, surgirán divergencias sobre el significado de las normas y los principios que ordenan sus acciones.

Es en este contexto que Dworkin argumenta que hay una forma de actuar correcta y otra íntegra. La forma de actuar íntegra no se muestra tan exigente puesto que no requiere que la persona haya seguido convicciones únicas y compartidas. La integridad se presenta como un ideal estrictamente jurídico cuando se exige que los jueces estén de acuerdo con un conjunto único y coherente de normas, aun cuando haya una división en la discusión en cuanto al significado correcto de las normas. Se reconoce que la decisión judicial expresa una concepción (Dworkin 2008, 72-86) a propósito de las normas implicadas, aunque no se apoye las mismas o se esté de acuerdo con estas. Esa capacidad es una parte importante de nuestra capacidad más general de tratar a los otros con respeto, siendo, por tanto, un requisito anterior de civilización (Dworkin 2008, 166).

Se trata del aspecto de integridad que involucra a los jueces, quienes al aplicar la ley y decidir los casos enviados a juicio deben hacerlo de forma coherente con los principios jurídicos¹⁶. En su teoría de derecho como integridad, los principios ocupan un lugar privilegiado. En esa dimensión judicial la integridad requiere que los jueces traten, en la

from law-making by a legislator, above all if he has considered conscientiously and impartially what professor Dworkin well calls the gravitational force of the clearly established law and has arrived at a conclusion as to which alternatives open to him is most fair or just, no purpose is served by insisting that if a brother judge arrives after the same conscientious process at a different conclusion there is a unique right answer which would show which of the two judges, if either, is right, though this answer is laid up in a jurist's heaven and no one can demonstrate what it is».

¹⁶ Dworkin (2008, 56) sostiene que los jueces deben concebir el cuerpo del derecho que administran como un todo, y no como una serie de decisiones distintas que ellos son libres de tomar o enmendar una por una, con solo un interés estratégico por lo demás como se verá más adelante.

medida de lo posible, el sistema jurídico como si expresasen y respetasen un conjunto coherente de principios jurídicos. En el derecho como integridad, las proposiciones jurídicas son verdaderas, constan o derivan, de los principios de justicia, equidad y debido proceso legal que ofrecen una mejor interpretación de la práctica jurídica de la comunidad (Dworkin 2008, 126-131 y 123-125)¹⁷.

La integridad también puede ser expresada a través del Poder Legislativo, que al legislar debe mantener el derecho coherente con respecto a los principios que lo componen, restringiendo aquello que los legisladores puedan hacer al ampliar o alterar el sistema jurídico.

La noción de «derecho como integridad» supone que las personas tienen derecho, con fundamento en los principios, de ser beneficiadas de forma coherente de las decisiones políticas del pasado, aun cuando los jueces discrepen sobre los significados de las mismas. Esto se sustenta en que la integridad política puede ser comprendida en la necesidad de la existencia de una única orientación existente de modo coherente y fundamentada en los principios de extender a cada uno de los ciudadanos los patrones fundamentales de justicia y equidad. Se trata de una virtud política de forma que el Estado debe tratar a los individuos con igual consideración y respeto (Dworkin 1986, 166)¹⁸.

¹⁷ El concepto dworkiniano de la integridad, a pesar de tener como objetivo principal la decisión judicial, no se limita a esta, porque el estatuto de integridad tiene por objetivo el perfeccionamiento del concepto de legalidad. Obsérvese que Dworkin utiliza la palabra *legality* (legalidad) al referirse al estado de derecho (en vez del término *rule of law*); no obstante, daremos preferencia a la utilización de la expresión *legality* como legalidad.

¹⁸ Dworkin señala que: «Le otorgo un mayor título: es la virtud de la integridad política. Elijo ese nombre para mostrar su conexión con un ideal paralelo de moral personal. Queremos que nuestros vecinos se comporten, en el trato diario con nosotros, en la forma que nosotros pensamos es la correcta. Pero sabemos que la gente no se pone de acuerdo hasta cierto punto acerca de los principios correctos de cómo comportarse, de modo que distinguimos ese requisito del otro requisito (más débil) de que actúen en los asuntos importantes con integridad, lo cual es, de acuerdo con las convicciones que informan y conforman sus vidas como un todo, en vez de caprichosamente o antojadizamente. Resulta evidente la importancia práctica de este último requisito entre la gente que sabe que no está de acuerdo con la justicia. La integridad se vuelve un ideal político cuando demandamos del Estado o la comunidad que actúen como agentes morales, cuando insistimos en que el Estado actúe con base en un conjunto único y coherente de principios aun cuando sus ciudadanos estén divididos acerca de cuáles realmente son los principios correctos de justicia y equidad. Asumimos en ambos casos, el individual y el político, que podemos reconocer en los

Así, se afirma que el ciudadano no será destinatario de un conjunto de leyes incoherentes en principio porque como miembro de una sociedad política reconoce su destino cuando acepta con firmeza que está gobernado por principios comunes, y no por reglas impuestas por acuerdos políticos¹⁹. Esa comunidad de principios acepta la integridad con la

actos de los otros la expresión del concepto de equidad o justicia o decencia incluso cuando nosotros mismos no adherimos a esta concepción. Esta capacidad es una parte importante de nuestra capacidad mayor de tratar a los demás con respeto, y por lo tanto, es un prerequisite para la civilización». [Traducción libre de la autora.] Original: «I give it a grander title: it is the virtue of political integrity. I choose that name to show its connection to a parallel ideal of personal morality. We want our neighbors to behave, in the day-to-day dealings with us, in the way we think right. But we know that people disagree to some extent about the right principles of behavior, so we distinguish that requirement from the different (and weaker) requirement that they act in important matters with integrity, that is, according to convictions that inform and shape their lives as a whole, rather than capriciously or whimsically. The practical importance of this latter requirement among people who know they disagree about justice is evident. Integrity becomes a political ideal when we make the same demand of the state or community taken to be a moral agent, when we insist that the state act on a single, coherent set of principles even when its citizens are divided about what the right principles of justice and fairness really are. We assume in both the individual and the political cases, that we can recognize other people's acts as expressing a conception of fairness or justice or decency even when we do not endorse that conception ourselves. This ability is an important part of our more general ability to treat others with respect, and it is therefore a prerequisite of civilization».

¹⁹ Dworkin (1986, 211) explica que: «(...) ellos aceptan que gobernaron por principios comunes, no solo por normas forjadas tras compromisos políticos. La política tiene un carácter diferente para tales personas. Es un teatro de debate en torno a cuáles principios la comunidad debería adoptar como un sistema, cuál perspectiva debería adoptar acerca de la justicia, la equidad y el debido proceso, no la historia distinta, apropiada para los otros modelos, en la cual cada persona intenta plantar la bandera de sus convicciones abarcando el mayor dominio de poder o normas que sea posible. Los miembros de una sociedad de principios aceptan que sus derechos y deberes políticos no se ven agotados por las decisiones particulares a las que hayan llegado sus instituciones políticas, sino que dependen, más en general, del esquema de principios que aquellas decisiones presuponen y a los cuales adhieren. De manera que cada miembro acepta que los otros tienen derechos y que él tiene deberes que surgen de este esquema, aun cuando estos no hayan sido nunca formalmente identificados o declarados. Tampoco supone que estos otros derechos y deberes estén condicionados a su aprobación incondicional a dicho esquema; estas obligaciones surgen del hecho histórico de que su comunidad ha adoptado dicho esquema, que por lo tanto es especial a este, y no la presunción de que él lo habría elegido si la opción dependiera exclusivamente de él. Para resumir: cada uno acepta la integridad política como un ideal político distintivo y aborda la aceptación general de ese ideal, incluso entre personas que de otra forma no estarían de acuerdo con respecto a la moral política, como constitutiva de la comunidad política (...).» [Traducción libre de la autora.] Original: «(...) they accept that they governed by common principles, not just by rules hammered out in political compromise. Politics has

perspectiva de que el derecho será alterado, desarrollado e interpretado basándose en esos principios y, consecuentemente, tendrá la autoridad de una verdadera comunidad asociativa²⁰.

La «coherencia del principio» debe alcanzar tanto a los legisladores, con el fin de que se mantengan coherentes en cuanto a los principios en la forma de elaborar las leyes, como a los jueces, con respecto a la forma de decidir sobre la ley, decidiendo y haciendo cumplir a la vez que son coherentes en este sentido (Dworkin 2008, 125)²¹. En esa función

a different character for such people. It is a theater of debate about which principles the community should adopt as a system, which view it should take of justice, fairness, and due process, not the different story, appropriate to the other models, in which each person tries to plant the flag of his convictions over a large domain of power or rules as possible. Members of a society of principle accept that their political rights and duties are not exhausted by the particular decisions their political institutions have reached, but depend, more generally, on the scheme of principles those decisions presuppose and endorse. So each member accepts the others have rights and that he has duties flowing from that scheme, even though these have never been formally identified or declared. Nor does he suppose that these further rights and duties are conditional on his wholehearted approval of that scheme; these obligations arise from the historical fact that his community has adopted that scheme, which is then special to it, not the assumption that he would have chosen it were the choice entirely his. In short, each accepts political integrity as a distinct political ideal and treats the general acceptance of that ideal, even among people who otherwise disagree about political morality, as constitutive of political community (...).

²⁰ Dworkin (1986, 214-215) argumenta que: «(...) Los modelos de comunidad empleados en este argumento son ideales de muchas maneras. No podemos suponer que la mayoría de las personas en nuestras propias sociedades políticas aceptan conscientemente las actitudes de cualquiera de ellos. Desarrollé estos modelos para que pudiéramos decidir cuáles actitudes deberíamos intentar interpretar nuestras prácticas políticas para expresar, lo cuál es un asunto diferente, y el ejercicio amerita la siguiente conclusión. Si podemos comprender nuestras prácticas como apropiadas para el modelo de principio, podemos apoyar la legitimidad de nuestras instituciones, y las obligaciones políticas que ellas asumen, como una cuestión de fraternidad, y deberíamos, por lo tanto, esmerarnos para mejorar nuestras instituciones en esa dirección (...).» [Traducción libre de la autora.] Original? «(...) The models of community used in this argument are ideal in several ways. We cannot suppose that most people in our own political societies self-consciously accept the attitudes of any them. I constructed them so that we could decide which attitudes we should try to interpret our political practices to express, which is a different matter, and the exercise warrants the following conclusion. If we can understand our practices as appropriate to the model of principle, we can support the legitimacy of our institutions, and the political obligations they assume, as a matter of fraternity, and we should therefore strive to improve our institutions in that direction (...).

²¹ Dworkin explica que: «Nos resultará útil dividir los reclamos de integridad en dos principios más prácticos. El primero es el principio de integridad en la legislación, que pide de aquellos que crean leyes

judicial, el buen juez es aquel que entiende en profundidad su sistema legal, es capaz de destilar los principios que están imbuidos en este y hacer realidad esos principios en sus juzgamientos.

En *Taking rights seriously*, Dworkin demuestra que se deben considerar los principios del sistema legal al tomar una decisión jurídica. La distinción trazada por él entre la argumentación de política y la argumentación de principio confirma que los primeros justifican una decisión política mientras que alienta o protege algún objetivo colectivo de la comunidad como un todo. El argumento de principio también justifica una decisión política en la medida en que se respete o garantice el derecho de un individuo o de un grupo (Dworkin 1977, 82-83)²².

por legislación que mantengan dicha ley coherente en principio. El segundo es el principio de integridad en la adjudicación. Pide a aquellos responsables de decidir qué es la ley que la entiendan y la hagan cumplir como coherente en la adjudicación. El segundo principio explica cómo y por qué se le debe otorgar al pasado un poder propio, especial, en la Corte, contrariamente a lo que sostiene el pragmatismo. Explica por qué los jueces deben concebir el cuerpo de la ley que administran como una totalidad y no como un conjunto de decisiones discretas que pueden tomar o enmendar una por una, sin nada más que un interés estratégico en el resto».

²² Dworkin especifica que: «(...) Los argumentos en torno a las políticas justifican una decisión política al mostrar que la decisión promueve o protege algún objetivo colectivo de la comunidad como un todo. El argumento a favor de un subsidio para la producción de naves aéreas, en cuanto a que el subsidio protegerá la defensa nacional, es un argumento de políticas. Los argumentos de principios justifican una decisión política al mostrar que la decisión respeta o asegura algún derecho individual o grupal. El argumento a favor de estatutos antidiscriminatorios, en cuanto a que una minoría tiene el derecho de gozar de la equidad en el respeto y la consideración, es un argumento de principios. Estos dos tipos de argumentos no agotan el argumento. A veces, por ejemplo, una decisión política, como la decisión de permitir exenciones impositivas adicionales para los invidentes, podrá ser defendida como un acto de generosidad o virtud pública en vez de recurrir a fundamentos basados en políticas o principios. Pero los principios y las políticas son los fundamentos principales para la justificación política (...).» [Traducción libre de la autora.] Original: «(...) Arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole. The argument in favor of a subsidy for aircraft manufactures, that the subsidy will protect national defense, is an argument of policy. Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right. The argument in favor of anti-discrimination statutes, that a minority has a right to equal respect and concern, is an argument of principle. These two sorts of argument do not exhaust political argument. Sometimes, for example, a political decision, like the decision to allow extra income tax exemptions for the blind, may be defended as an act of public generosity or virtue rather than on grounds of either policy or principle. But principle and policy are the major grounds of political justification (...).»

En este sentido, tanto las decisiones basadas en los argumentos de política como en los argumentos de principios son «políticas» en donde el principio es un patrón que favorece un «derecho» y la política es un patrón que establece una «meta». En otros términos, los argumentos de principio son argumentos en favor de un derecho, en tanto que los argumentos de política tienden a alcanzar el favorecimiento de algún objetivo de aspecto colectivo, a veces correlacionado con el bien común (Dworkin 1977, 90).

Sin embargo, no debemos olvidar que para Dworkin la legalidad, en lo que respecta al valor, está demostrada de acuerdo con criterios previos, estando justificado el uso del poder de coerción en una comunidad política (Dworkin 1986, 188)²³. Lo que él propone

²³ Dworkin pasa a explicar que: «(...) Diré que una sociedad política que acepta la integridad como una virtud política se vuelve una forma especial de comunidad, especial en cuanto a que promueve su autoridad moral de asumir y desplegar el monopolio de la fuerza coerciva. No se trata del único argumento en pos de la integridad, o de la única consecuencia de reconocerlo que los ciudadanos podrían llegar a valorar. La integridad proporciona protección contra la parcialidad o el engaño u otras formas de corrupción oficial, por ejemplo. (...) La integridad también contribuye a la eficiencia de la ley en la manera en que ya vimos anteriormente. Si la gente acepta que están gobernados no solo por reglas explícitas establecidas en el pasado a través de decisiones políticas, sino por cualquier otra norma que surge de los principios asumidos por esas decisiones, entonces el conjunto de normas públicas reconocidas puede ampliarse y contraer de forma orgánica, a medida que la gente se hace más entendida en percibir y explorar lo que requieren estos principios en circunstancias nuevas, sin necesidad de una legislación o adjudicación detallada en cada posible punto de conflicto. Este proceso funciona con menos efectividad—de eso estamos seguros—cuando la gente no se pone de acuerdo, tal como inevitablemente sucederá a veces, acerca de qué principios son fehacientemente asumidos por las reglas explícitas y otras normas de su comunidad. Pero una comunidad que acepta la integridad tiene un vehículo para los cambios orgánicos, aun cuando no sea siempre totalmente efectivo, que de otra forma no tendría en absoluto». [Traducción libre de la autora.]. Original: «(...) I shall argue that a political society that accepts integrity as a political virtue thereby becomes a special form of community, special in a way that promotes its moral authority to assume and deploy a monopoly of coercive force. This is not only argument for integrity, or the only consequence of recognizing it that citizens might value. Integrity provides protection against partiality or deceit or others forms of official corruption, for example. (...) Integrity also contributes to the efficiency of law in the way we noticed earlier. If people accept that they are governed not only by explicit rules laid down in past political decisions but by whatever other standards flow from the principles these decisions assume, then the set of recognized public standards can expand and contract organically, as people become more sophisticated in sensing and exploring what these principles require in new circumstances, without the need for detailed legislation or adjudication on each possible point of conflict. This process works less effectively, to be sure, when people disagree, as inevitably they sometimes will, about which principles are in fact assumed by the explicit rules and other

es que se comprenda la legalidad en el ámbito de una teoría del derecho, en que la integridad política forme un campo gravitacional a su alrededor. Esa integridad da a la igualdad el sentido profundo de que el Estado debe gobernar de acuerdo con un conjunto de principios aplicables para todos. En otras palabras, la legalidad sirve a la integridad como una forma de preservar la igualdad sustancial ante la ley y no en su sentido más vulgar de que el derecho deba ser aplicado conforme a lo escrito²⁴.

En *A matter of principle* (Dworkin 1985, 146-166)²⁵, el autor establece una analogía entre el razonamiento jurídico y la interpretación literaria donde se utiliza esta última como un

standards of their community. But a community that accepts integrity has a vehicle for organic change, even if it is not always wholly effective, that it would not otherwise have at all».

²⁴ Dworkin (2006, 172) se pregunta si: «¿Podemos interpretar las tradiciones o escuelas de jurisprudencia principales como un reflejo (y por lo tanto como diferente de otro con respecto a) diferentes concepciones de la legalidad? Ese valor insiste en que el poder coercivo de una comunidad política debería desplegarse contra sus ciudadanos solo de acuerdo con las normas establecidas antes de dicho despliegue. ¿Qué tipo de norma? ¿Establecida de qué manera? Atacamos estos cuestionamientos al proponer alguna lectura sobre el valor de la legalidad—algún punto putativo al cual se adhiera al constreñir el uso del poder político en esa forma—y esta lectura debe implicar, tal como lo he dicho varias veces hasta ahora, otros valores que reconocemos. Si resulta suficientemente ambicioso, implicaría un gran número de ellos en lo que denominé anteriormente una red de convicciones. No obstante, diferentes concepciones seleccionarán diferentes valores conectados como más importantes en esa mezcla: las concepciones diferirán, podríamos decir, en cuanto a la importancia que cada uno le asigna a los diferentes valores para crear el campo magnético local en el cual ubica la legalidad». [Traducción libre de la autora.] Original: «Can we interpret the leading traditions or schools of jurisprudence as reflecting (and therefore as different from another in respect of) different conceptions of legality? That value insists that the coercive power of a political community should be deployed against its citizens only in accordance with standards established in advance of that deployment. What kind of standards? Established in what way? We attack these questions by proposing some reading of the value of legality—some putative point served by constraining the use of political power in that way—and this reading must implicate, as I have several times now said, other values that we recognize. If it is sufficiently ambitious, it will implicate a great many of them in what I called earlier a web of conviction. Nevertheless different conceptions will select different connected values as more important in that mix: conceptions will differ, we might say, in the importance each assigns to different values in creating the local magnetic field in which it places legality».

²⁵ En la introducción del libro, Dworkin aclara que: «La Parte II [del libro] defiende la reivindicación que acabo de mencionar en cuanto a que el análisis legal es fundamentalmente interpretativo, y brinda un relato general de interpretación para describir el sentido en el cual esto es así. También considera cómo esta reivindicación pesa sobre un importante tema teórico en la jurisprudencia. Los abogados anglo-americanos en general se han mostrado escépticos acerca de la posibilidad de una “respuesta correcta” en cualquier

modelo para el análisis jurídico proponiendo así un modelo de razonamiento literario. Cada autor es responsable de la creación de un capítulo de un romance único e integrado (se parte del presupuesto de que no puede haber una serie de cuentos independientes) perteneciente a una obra colectiva. Cada juez tendrá su papel en ese encadenamiento al

caso genuinamente difícil. Si los abogados y jueces no se ponen de acuerdo en cuanto a en qué consiste la ley, y nadie tiene de modo alguno un argumento contundente entonces, ¿qué sentido tiene insistir en que una opinión es correcta y las demás son equivocadas? Seguramente, tal como lo percibe el *common law*, hay solo respuestas diferentes para el tema del derecho y no hay una única respuesta que resulte la correcta o la mejor. Algunos abogados que sostienen el punto de vista escéptico arriban a conclusiones que ellos perciben como conservadoras: los jueces deberían deferir a decisiones tomadas por instituciones más representativas, tales como las legislaturas, y en el caso del derecho constitucional, a las decisiones tomadas por los Fundadores de la Constitución de antaño. Hay otros que perciben en este escepticismo un tipo de licencia: si no hay una respuesta correcta en alguna demanda de magnitud constitucional, nadie tiene derecho a que los tribunales decidan de alguna forma en particular, y los jueces deberían, por lo tanto, decidir de cualquier manera que les parezca a ellos mejor para el futuro de la nación. La Parte II argumenta que este reto escéptico está alterado, y difuminado, una vez que se entiende que el argumento legal y su análisis tienen un carácter interpretativo. Puesto que las maneras en que se puede decir que los argumentos interpretativos admiten respuestas correctas son suficientemente especiales, y complejas, como para cuestionar los argumentos archiconocidos en cuanto al escepticismo. Ciertamente, una vez que la ley es vista de esa forma, no cabe aseverar o negar una verdad “objetiva” con respecto a las reclamaciones legales» (Dworkin 1985, 3-4). [Traducción libre de la autora.] Original: «Part Two defends the claim I just mentioned that legal analysis is fundamentally interpretive, and offers a general account of interpretation to describe the sense in which this is so. It also considers how this claim bears on an important theoretical issue in jurisprudence. Anglo-American lawyers have on the whole been skeptical about the possibility of a ‘right answer’ in any genuinely hard case. If lawyers and judges disagree about what the law is, and no one has a knockdown argument either way, then what sense does it make to insist that one opinion is right and the others wrong? Surely, so the Common Law view runs, there are only different answers to the question of law and no one right or best answer. Some lawyers who hold that skeptical view draw what they take to be conservative conclusions: judges should defer to decisions made by more representative institutions like legislatures, and in the case of constitutional law to the decisions made by Founders of the constitutional settlement long ago. Others find in this skepticism a kind of license: if there is no right answer in some lawsuit of constitutional magnitude, no one has a right that the courts decide in any particular way, and judges should therefore decide in whatever way seems to them best for the future of the nation. Part Two argues that this skeptical challenge is altered, and defused, once it is understood that legal argument and analysis is interpretive in character. For the ways in which interpretative arguments may be said to admit of right answers are sufficiently special, and complex, as to call into question the familiar arguments for skepticism. Indeed, once law is seen in this way, there is little point in either asserting or denying an ‘objective’ truth for legal claims».

asumir el papel de leer lo que los otros jueces hicieron en el pasado, no solo para descubrir lo que hayan dicho, sino para llegar a una opinión sobre lo que ellos hubieran decidido colectivamente. En otros términos, como cada uno de ellos contribuyó para el desarrollo de un romance colectivo escrito hasta entonces. Esto es así porque el trabajo del juez subsiguiente consiste en incluir el trabajo complejo anteriormente emprendido y desarrollado en su propio trabajo de forma de conducir esa historia hacia el futuro.

Debe así dar continuidad a la narrativa presentada y con eso mantener una coherencia formal con todo lo que fue escrito hasta entonces. Debe enfrentar las cuestiones hasta entonces tratadas como forma de desarrollar la historia, al tiempo que mantiene las limitaciones anteriores.

Y dentro de este contexto, se empleará el razonamiento de que si los miembros de una comunidad política tienen el derecho a una extensión coherente de las decisiones políticas del pasado basándose en los principios determinantes se empleará del mismo modo en las decisiones jurídicas, que deben proceder del conjunto de principios que proporcionen la mejor justificación de la práctica jurídica como un todo.

La moralidad política de un Estado debe garantizar que haya igual consideración y respeto con las personas sobre su dominio en virtud de una exigencia de «integralidad». Esa coherencia de principios por la integridad es una condición de legitimidad de coerción oficial (una cuestión de autoridad moral de las decisiones colectivas) y remite al vínculo entre la legitimidad política de una decisión judicial (como expresión de esa coerción estatal) y la exigencia de que ella represente una respuesta adecuada o correcta al caso examinado. Dicho vínculo demuestra que la discrecionalidad del intérprete en fundamentar la decisión con su propia preferencia particular es incompatible con la reivindicación de que las decisiones estén basadas en la mejor justificación de la práctica jurídica. Además, la tesis de una única respuesta correcta se presenta como inalcanzable en virtud de la existencia de sociedades cada vez más complejas que son moral y axiológicamente pluralistas, donde se torna difícil el consenso y la solidificación de verdades objetivas sobre cuestiones que se refieren a la colectividad. En un mundo en el cual los hombres y las mujeres divergen acerca de diversos puntos de vista parece infantil

pensar que exista una única respuesta correcta en cada controversia (Dworkin 1977, 279 y sigs.)²⁶.

El sistema del *common law* realza la importancia de la coherencia entre las decisiones judiciales con el objetivo de la integridad del sistema. La dinámica de la integridad es observada a través de la corrección por el tribunal de los errores cometidos en las decisiones anteriores. La integridad considera, en la medida de lo posible, que el sistema jurídico expresa un conjunto coherente de principios, siendo posible que el juez al honrar la integridad en su actividad judicial se aparte de la estricta línea de sus decisiones anteriores en la búsqueda de una mejor interpretación de los principios más fundamentales que conforman el sistema. Se exige que el juez continúe interpretando el mismo material, ya examinados por este, a través de exámenes interpretativos de las decisiones pasadas.

Ronald Dworkin enseña que los jueces tienen el compromiso de investigar en la historia institucional del derecho las mejores decisiones que reflejen los principios jurídicos aplicables al caso concreto. La elección de la mejor decisión está en la historia institucional del derecho, es decir que, apelando a la metáfora del romance en cadena por él presentada, el juez al decidir no puede desconocer el resultado de las prácticas y decisiones anteriores²⁷.

De modo que se puede concluir que si bien los jueces podrían estar de acuerdo sobre la relevancia de un caso del pasado para uno del presente, ellos podrían no estar de acuerdo

²⁶ Dworkin aborda este tema en el capítulo 13 entitulado «Can Rights Be Controversial».

²⁷ Dworkin (2008, 255) argumenta que: «los estatutos deberían ser interpretados como se estuvieran de acuerdo con las convicciones a partir de las cuales votaron sus autores. Cuando Hermes investigó dicha versión descubrió que era necesario identificar y reconciliar conflictos dentro de las convicciones de cada legislador, al interpretar los antecedentes del legislador, y luego, combinar las convicciones reestructuradas de distintos legisladores individuales en un esquema de convicción institucional, utilizando una fórmula apropiada para dicha combinación. Pronto se dio cuenta de que sería mejor interpretar un estatuto en forma directa, preguntándose qué conjunto de convicciones proporcionaría la mejor justificación para ello en lugar de la mejor interpretación de los votos a su favor, pues ninguna fórmula para combinar convicciones individuales sería, apropiada a menos que produjera el mismo resultado que una interpretación constructiva del estatuto mismo».

sobre cómo el precedente aplicable debe ser tratado. Este hecho hace que la historia de la norma se construya a través del proceso decisorio de los casos que van surgiendo con el tiempo. Hay así una operación genealógica compleja que confiere a los jueces una enorme descripción del camino recorrido y, en este sentido, es posible afirmar que los jueces están completamente vinculados por el pasado. En otras palabras, el pasado es una fuente de autoridad ya que informará sobre cómo conducir los futuros juicios. Aparece la historia no solo como una fuente de autoridad, sino de legitimidad cuando se fundamenta. La lectura y la decodificación de las decisiones pasadas, como también la argumentación sobre su significado, moldean las decisiones como si fuesen el producto inexorable de una historia.

Me parece que la autoridad o la legitimidad de una decisión judicial es, hasta cierto punto, producto de su capacidad de imbuirse en la historia de la ley de forma plausible. No obstante, cuando los jueces se apartan radicalmente del pasado, la fuerza gravitacional de la historia de la norma los obliga a encontrar una respuesta, una válvula de escape. Esa respuesta sin conexión con la historia, sin afirmar la aplicación de un precedente, demuestra que incluso en esos casos hay una vinculación con el pasado, construyendo narrativas majestuosas de continuidad.

En el sistema inglés, la Cámara de los Lores (*House of Lords*), al permitir que se produzca un apartamiento de las decisiones anteriores (a través del *outruling*), demostró que es absurdo el seguimiento de las decisiones anteriores en nombre de la coherencia, aun cuando estas se consideren equivocadas. Al mantener la integridad del ordenamiento con la preservación de la unidad utiliza una de las técnicas de interpretación que es la superación (*outruling*). Se verificó el deber del juez de abandonar los precedentes anteriores en favor de la integridad siempre que la coherencia induzca al juez a aplicar precedentes anteriores injustos e incompatibles con los aspectos concretos situacionales del caso presente.

Los jueces, al tomar las decisiones judiciales en el *common law*, enfrentan la tarea de interpretar los precedentes y establecer su alcance para el caso presente. La dificultad existente en extender la aplicación a casos futuros de algo que fue decidido anteriormente ocurre porque los precedentes judiciales no son elaborados con esa finalidad, o sea, no fueron elaborados para resolver la infinidad de casos futuros, sin una observación del caso

concreto. De esta forma, se debe extraer el contenido del texto considerando la situación concreta en que se produjo.

Se extrae el contenido del texto a través de la situación concreta. La particularidad de la noción del precedente en esta familia resulta de las decisiones judiciales subsiguientes que dan nuevos sentidos al mismo texto, y de ahí la aplicación de las técnicas de distinción, restricción y ampliación del precedente, que deben ser debidamente fundamentadas cuando se las confronta con las exigencias del caso concreto.

Lo que se pretende con el presente estudio es descubrir cómo el precedente contribuyó para optimizar el sistema de forma coherente y estable, y en este sentido, el estudio de la concepción del derecho como integridad es fundamental para perquirir al respecto de esa virtud presente en las relaciones exploradas en el mundo jurídico. En ese ordenamiento, la importancia de la coherencia en las decisiones judiciales tiene por objeto la integridad del sistema. Esa integridad persigue que el sistema exprese y respete un conjunto coherente de principios, siendo posible que el juez se aparte de las decisiones anteriores en la búsqueda de una mejor interpretación de los principios más fundamentales que conforman el sistema a través de exámenes interpretativos de las decisiones pasadas.

Solo resta indagar acerca de si ese mismo razonamiento puede ser utilizado en el sistema del *civil law*, conforme a dos aspectos. El primero se refiere a las decisiones judiciales que dan nuevos sentidos al mismo texto a través del establecimiento del contenido del texto conectado con la situación concreta. El segundo se refiere a que aunque se reconoce que el razonamiento basado en precedentes puede promover valores y principios, se debe armonizar el valor de la seguridad jurídica y la justicia a través del establecimiento de parámetros que resulte en el equilibrio del sistema jurídico.

1.3. Criterios que auxilian al juez en la búsqueda del significado de la ley

Tal como se mencionó anteriormente, el derecho inglés en la actualidad está fuertemente influenciado por leyes escritas; no obstante, algunos campos del derecho inglés se basan, en gran medida, en las decisiones precedentes, como por ejemplo en algunas teorías

contractuales que son totalmente resultantes de precedentes. Entretanto, gana relevancia la interpretación judicial de las leyes escritas, que también pueden generar precedentes vinculantes y, por eso, la importancia de su estudio para un análisis del precedente en el ámbito de otros sistemas.

Las principales fuentes reguladores del derecho procesal civil inglés son la ley, la doctrina del precedente (*case law*), las directivas prácticas (*practice directions*), las guías de los tribunales y la competencia inherente (*inherent jurisdiction*). Dentro de estas fuentes se destacan para el presente estudio las leyes producidas por el Parlamento (*statutes o Acts of Parliament*), las directivas prácticas y el precedente judicial (este último será analizado en el próximo punto), que por provenir del Poder Judicial nos interesan en este momento.

Las directivas prácticas complementan las Normas Procesales Civiles, conocidas como *Civil Procedure Rules* (1998), conforme a lo establecido en la Ley de Procedimiento Civil de 1997 (*Civil Procedure Act 1997*)²⁸. Al Comité de Normas Procesales Civiles (*Civil Procedure Rule Committee*) se faculta la creación de normas reguladoras de la práctica del proceso vinculante de los tribunales civiles. Las Normas Procesales Civiles se dividen en partes correspondientes a las normas de determinadas áreas del procedimiento civil y las directivas prácticas esclarecen y pormenorizan el contenido de cada práctica correspondiente.

Las directivas prácticas pueden ser creadas por el *Lord Chief Justice* o por una persona por él designada, y los jueces están obligados a seguirlas, no pudiendo alterar las promulgadas conforme a la sección 5 del *Civil Procedure Act 1997*, ni las promulgadas por el Ministerio de Justicia. Se permite que los jueces fijen las guías prácticas como una forma de contribuir para la orientación de la gestión de los procedimientos de los tribunales siempre que sea coherente con las Normas Procesales Civiles y las principales directivas prácticas (Prada Rodríguez y Muños Rojo 2014, 8).

La competencia inherente (*inherent jurisdiction*) era conferida originalmente a los Tribunales Superiores y consiste por la propia naturaleza de sus poderes intrínsecos como forma de actuar de forma justa y equitativa. Es una doctrina viable y se ha definido como la reserva o fondo de poderes, una fuente residual de poderes, a la que el tribunal puede recurrir cuando necesario. Como ejemplo es posible citar una competencia inherente al

²⁸ Véanse los artículos 1 al 5 y el anexo 1, párrafo 6.

Tribunal Supremo (*High Court*) para controlar su procedimiento con la finalidad de garantizar que no se utilizara el mismo para alcanzar fines injustos. Fue reducida y prácticamente desapareció después del surgimiento de las Normas Procesales Civiles en virtud de las directivas prácticas y las guías de los tribunales.

Se destacan las leyes producidas por el Parlamento, donde este es considerado autor de las normas y el juez es el lector de las mismas, quien a través de sus sentencias se esmera por descubrir la intención del Parlamento.

Con la entrada en vigor de la *Human Rights Act* (1998) se incorporaron las disposiciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, además se amplió el poder de legislar a través de las instituciones europeas después de la entrada del Reino Unido a la Comunidad Económica Europea (CEE). El Reino Unido se sometió no solo a las leyes promulgadas por el Parlamento sino también por aquellas derivadas de los tratados europeos y de la legislación generada por las instituciones europeas hasta la fecha de su salida de la referida Comunidad.

A los tribunales se les atribuyó la interpretación de esa gama normativa venida tanto del Reino Unido como desde fuera de su territorio. La *Interpretation Act* (1978) y el glosario anexo al *Civil Procedure Rules 1998*²⁹ establecen las definiciones de algunos de los conceptos legales frecuentemente utilizados en las Normas Procesales Civiles con el objeto de emprender una aplicación homogénea de la ley. Asimismo, las leyes a partir de 1999 comenzaron a estar dotadas de notas explicativas con el fin de hacer cada vez más transparente y clara la intención del legislador al momento de la redacción de la norma.

²⁹ De acuerdo con la teoría del *Civil Procedure Act 1997*, se facultó al Comité de Normas Procesales Civiles (*Civil Procedure Rule Committee*) crear las normas reguladoras para la práctica de los procesos vinculantes para los tribunales civiles con el objetivo de crear normas que garanticen un sistema judicial accesible, justo y eficiente. Los *Civil Procedure Rules 1998* se dividen en partes (*Parts*), de donde se extraen sus normas (*rules*). A cada parte le corresponde una directiva práctica (*Practice Directive*) que explica de manera pormenorizada el contenido de cada parte correspondiente. Dentro de los *Civil Procedure Rules* se encuentran los protocolos de preacción (*pre-action protocols*), o sea, códigos de conducta preparados individualmente para cada tipo de procedimiento cuyo objetivo es regular las relaciones y el comportamiento que las partes deben tener antes de iniciar el procedimiento.

La imagen de la interpretación legislativa dada es la de un libro que transmite un significado que debe ser discernido por el lector. Este no está libre para crear el significado del texto (Cross 1987, 21-22)³⁰.

Las leyes comienzan por establecer normas generales con el objeto de permitir que las personas orienten sus comportamientos y comprendan cuál será su posición jurídica en el

³⁰ Cross argumenta que: «(...) la interpretación estatutaria implica determinar el significado de un texto contenido en uno o más documentos. Sin embargo, los jueces y escritores con frecuencia se refieren a la interpretación de “la voluntad del legislador” o hacer efectiva “la intención del Parlamento”. Ciertamente, a los jueces se los critica con frecuencia por estar demasiado atados a las palabras estatutarias y por no hacer efectiva las intenciones del Parlamento. Es posible que este lenguaje parezca sugerir que hay dos unidades de indagación en la interpretación estatutaria —el texto estatutario y la intención del Parlamento— y que el juez debe intentar armonizar las dos. Sin embargo, esta apariencia resulta engañosa. El derecho inglés adopta la perspectiva de que las dos están estrechamente relacionadas, pero que la primacía se ha de dar al texto en el cual la intención del Parlamento se hubiera expresado. (...) Siempre se han de entender las palabras en relación con la materia de la legislación. “Pero por último, la manera más universal y efectiva de descubrir el significado verdadero de una ley, cuando hay ambigüedad en las palabras, es tomar en cuenta la razón y el espíritu de la misma; o la causa que ha provocado que el legislador promulgara la ley en cuestión”. Este relato breve de las normas para una interpretación estatutaria se aproxima mucho a la ley actual. Todos estos preceptos son reglas típicas del lenguaje aplicables a la comprensión de cualquier texto, fuera este legal o no. Tal como sucede con la literatura, el papel del juez es buscar la intención del autor legislativo a partir de lo escrito en el texto, y no se trata de construir un texto sobre la base de las intenciones subjetivas del autor (asumiendo que estas pudieran desvelarse». [Traducción libre de la autora.] Original: «(...) statutory interpretation involves determining the meaning of a text contained in one or more documents. Yet judges and writers frequently talk about interpreting “the will of the legislator” or giving effect to “the intention of Parliament”. Indeed, judges are often criticized for being tied too closely to the statutory words and for failing to give effect to the intentions of Parliament. Such language may appear to suggest that there are two units of enquiry in statutory interpretation—the statutory text and the intention of Parliament—and that the judge must seek to harmonise the two. However, this appearance is deceptive. English law takes the view that the two are closely connected, but that primacy is to be given to the text in which the intention of Parliament has been expressed. (...) Words are always to be understood as having regard to the subject-matter of the legislation. “But lastly, the most universal and effectual way of discovering the true meaning of a law, when the words are dubious, is by considering the reason and spirit of it; or the cause which moved the legislator to enact it”. This brief account of the rules of statutory interpretation approximates closely to the present law. All these precepts are typical rules of language applicable to understanding any text, whether legal or other. As with literature, the role of the judge is to seek the intention of the legislative author from what is written the text, and not to seek to construct a text on the basis of the subjective intentions of the author (assuming that they could be discovered)».

futuro; en contrapartida, los juzgamientos exponen soluciones pragmáticas para las disputas particulares y solamente en un segundo tiempo intentan formular alguna norma destinada a un mandato general.

Esto da vigor a la doctrina de la soberanía parlamentaria, donde los jueces obedecen la ley, debiendo interpretarla y aplicarla de la manera pretendida por el Parlamento. Y con ese fin, los tribunales precisan buscar el alcance de la voluntad legislativa en un último análisis de la interpretación de la ley a través de diversos criterios interpretativos (Elliott y Quinn 2011, 52-61; Adams y Brownsword 2003, 101-105; Goodrich 1986, 105-125).

a) la regla literal (*literal rule*): consiste en la interpretación literal de los textos legales que más se aproximan a la doctrina de la soberanía parlamentaria, cuando se expresa de forma clara y evidente. Se trata de la forma inflexible de las palabras contenidas en la ley que no da margen de interpretación a los tribunales. A veces, la interpretación gramatical dentro de su contexto legislativo puede conducir al intérprete a varios caminos en virtud de los diversos significados que la palabra puede contener.

b) la regla de oro (*golden rule*): se reduce a una aplicación literal de la ley y también puede conducir a resultados absurdos y contradictorios que permiten que el tribunal alcance un resultado diferente atendiendo a la norma en su conjunto. Solamente se llegará a este estadio como forma de evitar la aplicación de la regla literal por la inconsistencia que resultaría de una determinada interpretación a ser seguida, o por la inconveniencia del resultado encontrado como fundamento esgrimido por el tribunal para no aplicarla.

c) la regla de daños (*mischief rule*): se trata de una investigación mucho más focalizada en el objeto de la ley y en la intención del legislador, en vez de una mera interpretación literal (Derham, Maher y Waller, 2000, 145)³¹.

³¹ Los autores explican que: «The purpose approach sometimes it is not possible to say that words in a statute, even when read in the light of the whole statute, bear a plain meaning. Sometimes words or phrases are ambiguous. Sometimes in their application to particular circumstances words or phrases, though not strictly ambiguous in themselves, are vague or uncertain. In such cases the analysis of mere language in a statute may not enable a court to decide disputes about what the legislature meant with any confidence. In these cases the courts will look to the overall intention of the legislature as discovered from reading the statute as a whole. They will ask: What mischief was it that this statute was intended to remedy? What social purpose was intended to be achieved by this legislation?»

Tanto la regla literal como la regla de oro son criterios que auxilian al juez en la búsqueda del verdadero significado de la disposición legal analizada en conjunto con otras disposiciones del estatuto. Cabe destacar que las leyes aprobadas a partir de 1999 tienen notas explicativas publicadas al mismo tiempo que la ley.

En este sentido, una de las ventajas de la regla de oro es prevenir injusticias causadas por la aplicación literal de la ley, ayudando de esta forma a los tribunales a estudiar la verdadera finalidad del Poder Legislativo. Sin embargo, también tiene algunas desventajas ya que no especifica el significado del alcance del resultado absurdo obtenido por la interpretación literal, lo que puede llevar en la práctica a una interpretación particular inconciliable con la política legal legislativa.

Los criterios interpretativos mencionados serán fundamentados en la decisión judicial y su determinación influenciará la decisión de casos futuros a través del análisis del precedente a través de la *ratio decidendi* y de los *obiter dicta*.

En este contexto, resulta importante analizar los criterios interpretativos fundamentados en la decisión judicial que hubieran influenciado la decisión en los casos futuros, a través del estudio de la *ratio decidendi* y de los *obiter dicta*. La distinción de esos conceptos básicos y las técnicas de flexibilización en la aplicación del precedente contribuyen para un análisis de suma importancia en ese sistema, y su aplicación en los países de la familia del *civil law*, donde la ley es la fuente primaria del derecho.

Esto es así porque los sistemas jurídicos pertenecientes a la familia del *common law* se caracterizan por la existencia del precedente vinculante, donde no es necesaria una repetición de juzgamientos para que surja una eficacia vinculante, siendo verdad que solamente la *ratio decidendi*, es decir, la regla del derecho extraída y formulada en la decisión del precedente es la que vincula los juzgamientos de casos semejantes en el futuro.

1.4. La *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. La jurisprudencia del *case law*.

Los fundamentos determinantes de una decisión constituyen la *ratio decidendi* (Montrose 1968, 151-152)³² y solamente ella es capaz de adquirir una fuerza vinculante para los casos futuros. Como regla necesaria, la decisión no se confunde con el *obiter dictum*, vale decir, el pasaje de la motivación del juzgamiento que contiene una argumentación marginal o simples opiniones, prescindible para el deslinde de la controversia. El *obiter dictum*, así considerado, no se presta para ser invocado como precedente vinculante en un caso análogo, pero puede perfectamente ser referido como argumento de persuasión.

³² Montrose señala que: «El empleo del término en latín *ratio decidendi* no lo preserva de la ambigüedad de las palabras en inglés: efectivamente, puede que sea responsable de algún grado de ambigüedad puesto que simplemente como materia de traducción se podría optar en igual medida por las frases “razones para decidir” y “razón de decisión”. Tanto los jueces como los eruditos emplean la frase en algunas ocasiones por cualquiera de los motivos que influyen sobre la decisión final, ya sean los elementos de prueba, o una determinación de ley, o una opinión acerca de una circunstancia social o política pública, y en algunas ocasiones en el caso de una norma legal (*rule of law*), sin importar que ejerza o no su influencia sobre el tribunal, porque se cree que el caso puede ser empleado como precedente. Si bien es indudable que esta flexibilidad no resulta enteramente desventajosa, con frecuencia produce confusión. La confusión que rodea el empleo de *ratio decidendi* solo se ve levemente mitigada por la convención según la cual se la emplea con mayor frecuencia para referirse únicamente a algún *principio de derecho* que está relacionado de una u otra manera con la decisión. (...) He sostenido que resulta mejor emplear la frase *ratio decidendi* para que signifique exclusivamente la norma legal propuesta por el juez como fundamento para su decisión, un uso que correspondería con el uso jurídico, y de prescindir del término sucinto de norma legal por la cual un caso se constituye en un precedente vinculante». [Traducción libre de la autora.] Original: «The Latinity of the phrase *ratio decidendi* has not preserved it from the ambiguity of English words: indeed it may be responsible for some of the ambiguity since as a mere matter of translation it may be rendered equally by the phrases “reasons for deciding” and “reason of decision”. Judges and scholars alike use the phrase on some occasions for any reason which influences the ultimate decision, whether it be a finding of fact, or a determination of law, or an opinion about social circumstance or public policy, and on some occasions for a rule of law, whether influencing the court or not, for which it is thought the case can be used as authority. While such flexibility is doubtless not wholly disadvantageous, it is often productive of confusion. The confusion surrounding the use of *ratio decidendi* is only slightly lessened by the convention under which it is more often used to refer solely to some *rule of law* which is connected in some way or another with the decision. (...) I have argued that it is better to use the phrase *ratio decidendi* to mean exclusively the principle of law propounded by the judge as the basis of his decision, a usage which would correspond with judicial usage; and to dispense with a succinct term for rule of law for which a case is of binding authority».

La esencia del sistema judicial inglés siempre se basó en su forma de razonamiento. El desarrollo de ese razonamiento permanece el mismo, independientemente de los cambios en las normas de contenido. Y de esta forma las normas legales adquieren un carácter sistemático en la aplicación (Llewellyn 1960, 179)³³.

Este razonamiento se inicia a través del análisis de la jurisprudencia (*case law*), que es un término empleado para describir el conjunto de todos los principios legales emanados de un caso concreto. Consiste en la observación a partir de millares de casos individuales donde se construyen, año tras año, los diferentes aspectos de la ley, además de los principios aplicables en relación con diferentes hechos. Se construye sobre ejemplos concretos de jurisprudencia a la inversa de los modelos hipotéticos, contrastando así con los sistemas europeos.

La doctrina del precedente judicial se ocupa de la importancia del *case law* porque se muestra relevante entender cómo una decisión emanada de un juez en un caso concreto puede ser utilizada como regla general en casos posteriores. Estas son las normas y principios fijados por los jueces y tribunales en sus respectivas decisiones judiciales y que tendrán una aplicación homogénea en todo el territorio y, asimismo, en las demandas

³³ La función de la norma extraída de la *ratio decidendi* también corresponde a la orientación. Llewellyn argumenta que: «1. Las normas no existen para controlar sino para guiar la decisión. Esta es una verdad fundamental que es inherente al deber de un tribunal para que este introduzca en su tarea algún toque de razón y algún sentimiento de sentido y equidad, en cuanto al tipo-situación. Donde las normas pesan mucho en cuanto a la sabiduría y también están técnicamente claras y prolijas, la dirección es ciertamente tan convincente como para, en efecto, ser casi equivalente a control o dictado; así, también, cuando la medida es técnicamente política y está recién salida del horno como para modificar la circunstancia que hubiera sobrevenido. Pero en dicho caso, no es que haya un cuasicontrol porque esas normas son normas legales, sino por el tipo particular de norma legal que por casualidad —tal vez inusualmente— son. De manera que resulta esencial distinguir entre las normas legales, tanto con respecto a lo que se espera de ellas y con respecto a lo que debería ser». [Traducción libre de la autora.] Original: «1. Rules are not to control but to guide decision. This is a fundamental truth which is inherent in the duty of a court to introduce into its work some touch reason and some feeling for sense and fairness, in terms of the type-situation. Where the rules rates high in wisdom and is also technically clear and neat, the guidance is indeed so cogent as, in effect, to be almost equivalent to control or dictation; so, also, when the measure is technically policy and is too fresh off the griddle for modifying circumstance to have supervened. But in such case the near-control is not because those rules are rules of law, but because of the particular kind of rule of law they happen—rather unusually—to be. So that it is of the essence to distinguish among rules of law, both in regard to what be expected of them and in regard to what should be».

posteriores. En otras palabras, los tribunales están obligados a respetar las decisiones judiciales realizadas en casos anteriores, tanto por el propio tribunal como por los tribunales jerárquicamente superiores.

En el *common law*, el concepto de precedente deber ser analizado de acuerdo con los precedentes judiciales (*judicial precedents*) —el significado de precedente— y con los principios legales derivados. Al analizar un nuevo conjunto de hechos, una nueva disputa, el razonamiento jurídico inglés exige siempre que uno se pregunte primero cómo los jueces anteriores resolvieron el problema legal al cual uno se enfrenta ahora. Se extraen de los antiguos juicios las normas legales, conceptos y principios en ellos encontrados, y se decide cómo ellos habrían sido aplicados en estas nuevas circunstancias. De la misma forma, los jueces no abordan simplemente un nuevo caso con base en principios amplios. Obsérvese que la ley antigua incidía en una situación diferente puesto que ninguno de los conjuntos de los hechos se repite con exactitud. Hay siempre algún elemento de cambio, incluso cuando ese elemento involucra alguna cuestión relativamente leve. Se analiza lo que fue decidido en el pasado tomando en cuenta el nuevo conjunto de circunstancias, esto es, el conjunto de múltiples hechos semejantes. En suma, se analizan las posibilidades de alcanzar una misma decisión en este conjunto de múltiples hechos semejantes.³⁴

El argumento extraído del precedente expuesto en la demanda en ese sistema tiene varios objetivos diferentes y no un único propósito. Entre ellos hay diversas etapas que han de ser recorridas durante el razonamiento que se emplee, del cual podemos destacar la comprobación de la existencia de ciertos hechos y la clasificación de los mismos junto con el establecimiento de la directriz extraída de la decisión judicial a través de los principios o patrones anteriormente establecidos (Derham et al. 2000, 177)³⁵.

³⁵ Los autores argumentan que: «The lawyer is concerned with demonstration—as is a mathematician in proving a theorem. The logic must lead to a clear conclusion. For this aim the rules of formal logic are indispensable and effective. They enable each step to be tested in turn—and at the end a look back and a search for defects in the line of reasoning. If there are such defects the lawyers, or the judge, can readily detect them».

La lógica del razonamiento en este sentido es utilizada de la misma forma por cualquier persona que pretenda llegar a una conclusión. Se utiliza el argumento a través de la deducción, con el convencimiento de que la *ratio decidendi* del precedente o la norma jurídica se aplica al caso concreto. Obsérvese que esa proposición puede ser descrita como la principal premisa de un silogismo destinado a ser construido. Si esa premisa mayor fuera establecida, el abogado debe intentar establecer que los hechos del presente caso se conectan con el establecido en la proposición establecida. El debate generalmente será sobre la premisa menor, esto es, sobre la existencia de los hechos y la clasificación de los mismos. Otra forma de argumentación utilizada es la inducción, a través de la exposición de varios casos semejantes anteriormente analizados que en conjunto indican la existencia de una proposición o principio que ha de ser extraído, a pesar de que nunca fuera formulado coherentemente con anterioridad. Es posible correlacionar dicha argumentación a la del científico que examina el resultado de los experimentos a través de la construcción inductiva de una hipótesis que comprende y aparentemente explica esos hechos como una regla general.

De esa forma, se considera como un principio básico de la administración de justicia que los casos semejantes sean resueltos de forma similar (Cross y Harris 1991, 3) y en este aspecto, los abogados ingleses son extremadamente cautelosos en su análisis de la jurisprudencia porque los principios no se desarrollan a menos que los casos lleguen a la Justicia. Los académicos pueden especular con respecto al desarrollo de los principios legales, pero son precisos los casos expuestos en la vida real para que sean concretizados.

Neil MacCormick (1998, 181-182)³⁶ identifica básicamente tres modelos de razonamientos a partir de precedentes (*reasoning from precedent*). El primer modelo

³⁶ MacCormick apunta a un cuarto modelo incompatible con el precedente vinculante y señala que: «Se trata del modelo del precedente formalmente no reconocido (*formally unacknowledged precedent*), donde cualquier referencia a un precedente por un tribunal posterior de manera que se sugiera un abandono de la discrecionalidad interpretativa de cara al precedente es un error de la ley que potencialmente invalidará la decisión. En ese caso, sin importar cuál pudiera ser el significado del precedente desde el punto de vista del tribunal, este deberá cuidarse de fundamentar su decisión adecuadamente por referencia a las normas de la ley escrita y los principios legales generales, y deberá evitar tratar la existencia de un precedente como una razón justificadora autosuficiente con respecto a la decisión tomada. Esto es, por supuesto, el método para manejar precedentes del sistema francés y de aquellos otros sistemas civiles que permanecen bajo el fuerte influjo francés en la era pos-Napoleónica».

observa las cuestiones de semejanzas y de patrones de correspondencia entre los casos, como un intento por alcanzar una línea de argumentación o respuesta que dé sustento a la conclusión propuesta. La decisión proferida con base en hechos que serán útiles para guiar las decisiones de casos similares. El segundo modelo demuestra que siguiendo la línea de razonamiento se procura destacar un principio del caso anterior para emplearlo en relación con uno posterior. Se extraen los principios del precedente que serán relevantes para las decisiones en casos futuros. Por último, dentro del contexto de precedente vinculante (*binding precedent*), se establece la vinculación del *ratio decidendi*, por el cual las decisiones de los tribunales serán obligatoriamente observadas a menos que se pueda utilizar la técnica de distinción (*distinguishing*) o de denegación (*overruling*).

Se añade a esto que hay un enfoque en el tercer modelo al hablar de los precedentes, principalmente como fuente formal del *common law*. Entretanto, los otros modelos son tan importantes e influyentes en virtud de la tendencia crítica por adherir a precedentes vinculantes.

De hecho, reconocer el precedente como formalmente vinculante no excluye el reconocimiento del uso más amplio de los precedentes a través de su utilidad en el análisis de los casos concretos como fuentes que ejemplifican y ayudan a formular principios legales. Esto es así porque los sistemas legales (el foco aquí es la familia del *civil law* en inglés) que niegan el precedente como fuente formal del derecho ponen de relieve los principios subyacentes ejemplificados en los precedentes de los propiamente contenidos en el texto donde el principio es discutido, asumido o aplicado. Se destaca una línea divisoria entre la elaboración de las leyes generales y la decisión de casos específicos a través de su aplicación, además de una interpretación cuidadosa de las leyes generales (Dworkin 1977, 29-103; Dworkin 1985, 147-166)³⁷.

En un contexto general, los fundamentos determinantes de la decisión constituyen una *ratio decidendi* (Goodhart 1931, 25)³⁸ y solamente ella es capaz de adquirir una fuerza

³⁷ El peso del precedente en algunos sistemas de la familia del *civil law* se asemeja a la doctrina de Dworkin en cuanto a su concepto de la integridad de la ley (*integrity in law*).

³⁸ Goodhart especifica que: «The rules for finding the principle of a case can, therefore, be summarized as follows: (1) The principle of a case is not found in the reasons given in the opinion. (2) The principle is not found in the rule of law set forth in the opinion. (3) The principle is not necessarily found by a consideration of all the ascertainable facts of the case, and the judge's decision. (4) The principle of the case is found by

vinculante para los casos futuros. Como norma necesaria la decisión no se confunde con el *obiter dictum*, vale decir, pasa de la motivación del juzgamiento que contiene una argumentación marginal o simples opiniones, imprescindible para delimitar la controversia. El *obiter dictum*, así considerado, no se presta para ser invocado como precedente vinculante en un caso análogo, pero puede perfectamente ser referido como argumento de persuasión.

A pesar de la fundamental importancia del precedente en el sistema inglés, los tribunales a veces se niegan a seguir la decisión anterior cuando constatan que la aplicación del precedente causará injusticias en la demanda que ha de ser juzgada. Los principios y las normas establecidas por la decisión judicial deberían permanecer coherentes a medida que se desarrollan y se adaptan los nuevos cambios y condiciones sociales. La introducción de técnicas que flexibilizan la aplicación del precedente aparece como un elemento que torna el sistema más justo.

En Inglaterra la flexibilidad del *stare decisis* aparece ante distintas situaciones³⁹. Por ejemplo, cuando varían las circunstancias del caso y resulte aconsejable alejarse del mismo o mediante la observación del *common law* como un organismo vivo que se expande, crece o se desarrolla de acuerdo con las exigencias de la sociedad. También hay flexibilidad cuando el precedente resulta contradictorio con respecto a las normas y principios que están por detrás de las decisiones judiciales y que constituyen un núcleo duro del derecho o cuando cesa la razón de la norma. La flexibilidad es posible mediante la utilización de las técnicas de distinción que permiten diferenciar los casos semejantes.

Obviamente, el comportamiento de los jueces influye en estas situaciones teniendo en cuenta que unos son más rigurosos al defender la estabilidad del derecho, en tanto que otros prefieren enfatizar su carácter dinámico (Keefe y Merrill, 1941).

taking account (a) of facts treated by the judge as material, and (b) his decision as based on them. (5) In finding the principle it is also necessary to establish what facts were held to be immaterial by the judge, for the principle may depend as much on exclusion as it does on inclusion».

³⁹ Ningún sistema moderno observa una rígida vinculación a la doctrina del precedente después de que la Cámara de los Lores reconociera en 1966 que no estaba más obligada a seguir sus propios precedentes.

1.4.1. Técnica de la distinción (*distinguishing*). La denegación (*overruling*).

El precedente judicial desempeña un papel importante en el *common law*, por el cual se equipara la ley en el sistema romano-germánico, siendo que el lugar propicio para la interpretación de la ley es el Poder Judicial a través de sus jueces, quienes transforman la norma abstracta en concreta, es decir, una regla de derecho deducida a través de una decisión judicial será considerada y aplicada en la solución de un caso semejante en el futuro.

Sin embargo, en ese sistema existen técnicas que generan flexibilidad en el sistema; esto es así porque la utilización de los precedentes vinculantes no podría perjudicar la evolución del derecho.

La utilización concreta de los precedentes no se resume en dar a conocer la jurisprudencia de un tribunal para los juzgados relacionados con el asunto que se ha de juzgar. No se trata de una actividad mecánica de recoger el resultado de un juicio y realizar una tarea de «copiar y pegar». El uso correcto del *stare decisis* pasa por un empleo correcto de algunas técnicas que recurren a los precedentes, que se presentan como herramientas en las manos de los profesionales del derecho y que pueden ser utilizadas de forma adecuada o no.

En este contexto, algunas técnicas que son introducidas en el sistema generan la flexibilidad en la aplicación de la teoría del precedente, tales como la denegación o revocación (*overruling*) (Harris 1994) y la distinción (*distinguishing*). Las referidas técnicas fueron introducidas porque el derecho no es estático y por la propia evolución de la sociedad y la retroalimentación del sistema que se alimenta continuamente con nueva información.

Los referidos institutos permiten que se busque apreciar todas las situaciones fácticas involucradas en el caso concreto y en el caso de haber diversidad, se deberá formular una nueva decisión, de tal modo que se establezca así un nuevo precedente.

La revocación (*overruling*) consiste en un mecanismo utilizado para que se reconozca la existencia de un fundamento para el abandono del precedente anteriormente utilizado, por haber sido alteradas las razones que autorizaron la decisión en su momento. Constituye

un apartamiento efectivo del precedente y una declaración de que este fue superado (Greco 2001, 46).

Así pues, cuando ocurre una revocación o denegación (*overruling*) una nueva norma es creada para los casos subsiguientes. Consecuentemente, la revocación (*overruling*) exige como presupuesto una carga mayor de argumentación de motivación por la justificación de la necesidad de superar el precedente.

Cabe destacar que el *overruling* puede ser realizado por el legislador cuando la Corte Suprema interpreta un texto y el legislador resuelve abolir o alterar el texto interpretado, debiendo la Corte hacer una nueva adaptación de la *ratio decidendi* al nuevo texto elaborado por el legislador. Obsérvese que en los países que adoptan el *common law*, la posibilidad del legislador para actuar sobre una materia de derecho que ya fuera definida por uno o más precedentes no está vista como una interferencia del Legislativo sobre el Poder Judicial, ya que el precedente está subordinado a la legislación como fuente del derecho.

La revocación (*overruling*) se produce cuando se detecta la necesidad de cambio por dos motivos, porque: (a) se considera en el momento que una norma establecida por una decisión judicial anterior está errada de origen; o (b) se considera en el momento que una norma está errada, aunque no estuviese errada cuando fue creada (Wambier 2009).

Esta sustitución puede ser expresa (*express overruling*), cuando el tribunal resuelve, expresamente, adoptar una nueva orientación, abandonando una anterior. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el tribunal, juzgado o caso concreto reconoce la existencia de un precedente que tenga en su fundamentación una norma de derecho que en el momento actual esté considerada, por cualquier motivo, insustentable para el caso que ha de ser juzgado.

La sustitución tácita (*implied overruling*) (Kniffen 1982, 57)⁴⁰ ocurre cuando una orientación es adoptada en contraposición con una posición anterior, aunque sin una expresa sustitución de esta última. En otros términos, lo implícito ocurre cuando un

⁴⁰ Kniffen argumenta que: «An example of implied overruling is the demise of the precedent declaring constitutional the “separate but equal” treatment of the black and white races with respect to public transportation. When the Supreme Court held that segregation in public schools was unconstitutional, most other courts concluded that the transportation precedent was thereby impliedly overruled».

precedente no se puede sustentar a partir de un precedente más reciente de la Corte. Se trata de una hipótesis rara (Didier Júnior, Braga y Oliveira 2009, 395), solamente aplicable en la Corte Suprema. Esto es así porque una eventual sentencia sustancialmente divergente del anterior pronunciamiento, en un caso análogo, sin manifestar claramente la intención de revocar el precedente, crea una duplicidad de orientaciones, generando de tal manera una evidente incertidumbre para los tribunales inferiores.

El juez también puede interpretar una decisión judicial anterior de modo restrictivo o ampliativo, acercando los elementos objetivos que puedan identificar la demanda en juicio con una eventual o eventuales decisiones anteriores, proferidas en casos análogos para que se pueda establecer una *ratio decidendi* del caso anterior. Dependiendo de la postura del juez, este proceso puede hacerse de modo ampliativo o restrictivamente (Tucci 2004)⁴¹.

Otra técnica utilizada es la distinción (*distinguishing*), que permite que la norma establecida anteriormente sobreviva. En estos casos, hay una referencia al precedente, pero con todo, por causa de una peculiaridad, la norma no se adapta a esta nueva circunstancia en virtud de la existencia de una peculiaridad en el primer caso que no existe en el segundo.

«Es una técnica, típica del *common law*, consistente en no aplicar el precedente cuando el caso que ha de ser decidido presenta una peculiaridad, que autoriza apartarse de la norma (*rule*) y que la decisión se tome independientemente de dicha norma» (Andrews 2009, 17-18).

Esto ocurre cuando el tribunal reconoce la existencia del precedente pero encuentra significativas diferencias que justifican no seguir el caso anterior. En otras palabras, se reconoce explícitamente o implícitamente que si no fuera por esas diferencias, la solución del caso actual sería la misma del precedente puesto que se reconoce la fuerza del precedente.

Se llega a la conclusión de que la situación fáctico-jurídica es distinta de la anteriormente decidida teniendo en cuenta las características del caso específico. Se trata así de un

⁴¹ Tucci explica que: «en el caso de que la aplicación del principio pueda producir un resultado indeseable, el tribunal estrechará o restringirá o, más aún, aplicará, un precedente diverso». [Traducción libre de la autora.]

método de confrontar donde se analiza si el caso en juicio posee o no las mismas peculiaridades del precedente que se va a utilizar.

Obsérvese que difícilmente habrá una identidad absoluta entre las circunstancias del hecho involucradas en el juicio y el caso que dio origen al precedente. Esto es así porque los casos sometidos al Poder Judicial poseen diferencias entre sí; si fuesen idénticos estaríamos ante un fenómeno de duplicidad de acciones. Lo que se debe tener en cuenta es que los casos concretos, cuando son comparados, pueden exhibir semejanzas esenciales que justifican la aplicación al caso que está siendo juzgado de la *ratio decidendi* del precedente. Lo importante que ha de destacarse es que no hay una fórmula que identifique con precisión qué tipos de semejanzas pueden justificar la aplicación del precedente.

Los dos referidos institutos permiten que se busque apreciar todas las situaciones fácticas involucradas en el caso concreto y, en el caso de haber diversidad, se deberá formular una nueva decisión, de tal modo que se establezca así un nuevo precedente.

En suma, el *overruling* consiste en un mecanismo utilizado para que se reconozca la existencia de un fundamento para el abandono del precedente anteriormente utilizado, por haberse alterado las razones que autorizaron su decisión. El *distinguishing* permite que la regla sobreviva, aunque su sentido se vuelva menos abarcativo. Se llega a la conclusión de que la situación fáctico-jurídica es distinta de la anteriormente decidida. En este caso, la regla del precedente no se abandona, sino que se reformula tomando en cuenta las características del caso específico.

En el campo del proceso civil, hace aproximadamente diecinueve años las Normas Procesales Civiles (1998) incluyeron en el sistema inglés el concepto de «*overriding objective*», donde el objetivo primordial es uno de los pilares rectores del procedimiento civil como forma de guiar la interpretación de las normas contenidas en las Normas Procesales Civiles, con el objeto de crear un nuevo paradigma de justicia (Sorabji 2011)⁴².

En virtud de este objetivo primordial, se legisló lo que hace años se constató a través del *common law*: que la obligación principal de los tribunales es la de hacer justicia, conforme

⁴² Se trata de una reforma introducida por Lord Woolf, la cual fue la principal innovación en la reforma procesal introducida por él y que es mencionada por Sorabji en su texto.

a lo establecido en el párrafo 1.1 de las Normas Procesales Civiles (*Civil Procedure Rules 1998*), donde el principal objetivo de las normas establecidas por este ordenamiento es la de permitir que el tribunal resuelva los casos de forma justa y con un coste proporcional.

De esta forma se obtienen algunas ventajas que la vinculación del precedente puede resultar dentro del *common law*, entre ellas la certeza del derecho, porque los jueces que siguen decisiones anteriores vinculantes pueden prever el resultado probable de un caso. Se verifican las posibilidades de desarrollar el derecho a través de las sucesivas decisiones judiciales mediante una observación de carácter práctico de las normas extraídas de las decisiones judiciales, además de la riqueza de las normas detalladas conectadas directamente con el caso concreto.

Por otra parte, se vislumbran algunas desventajas en la utilización de la fuerza obligatoria del precedente, tales como su rigidez, al introducir un obstáculo al criterio de análisis que será empleado por el juez, con una disminución del margen de capacidad de enjuiciamiento del juez. Los jueces deberán seguir las normas de los precedentes aun cuando sean inapropiadas puesto que pueden ser perpetuadas por un largo periodo antes de ser revisadas por los Tribunales Supremos competentes para reverlas.

Asimismo, se demuestra extremadamente complejo un análisis de los «*reports*» de las normas establecidas por el precedente y, a veces, los precedentes son distinguidos de otros por pequeñas diferencias que dificultan su análisis (Elliott y Quinn 2011, 30-32).

1.4.2. Las técnicas de la señalización (*signaling*), la superación anticipada (*antecipatory overruling*) y la decisión *per incuriam*

Hay otros mecanismos que evidencian la fuerza vinculante del precedente que no impide que una determinada tesis dominante, antes consolidada, pueda ser superada, pasándose a un nuevo proceso de «normatización pretoriana». Esa mutación progresiva para la interpretación de un determinado episodio del cotidiano humano, dotado de relevancia jurídica e impuesto por la realidad social, constituye una exigencia de justicia que lleva a la modificación del precedente judicial. Obsérvese que la técnica de la señalización, de la

superación anticipada y la decisión *per incuriam* por las razones explicitadas que se han de seguir pueden ser observadas en los países que siguen la familia del *civil law*.

Esto es así porque la abrupta alteración de los rumbos de la jurisprudencia conlleva, en principio, graves consecuencia en el plano de la dinámica del derecho porque vulnera la previsibilidad de los pronunciamientos judiciales, provocando una inseguridad jurídica en relación con los casos que fueron resueltos en base a la jurisprudencia anterior.

El primer mecanismo que ha de ser estudiado es el de la técnica de señalización para la superación futura del precedente. Esta técnica tiene como uno de sus objetivos hacer menos gravoso el cambio en la fijación de la tesis jurídica, así como incrementar e incentivar el debate acerca de la conveniencia de la superación de la *ratio decidendi*. Se pretende con eso señalar que la tesis jurídica necesita ser revisada y superada, pero por razones de seguridad jurídica indica que la orientación del precedente anteriormente firmada debe ser superada hacia el futuro.

Obsérvese que el tribunal no está obligado a alterar el entendimiento después de la utilización del *signaling*, y también porque habrá un largo debate acerca de la cuestión en la cual el tribunal podrá ser convencido de la adecuación del entendimiento anterior. Se trata solamente de un alerta para un posible cambio de la jurisprudencia hasta entonces consolidada.

Esta señalización contribuye para iniciar el debate sobre la cuestión, dejando a los jueces libres para centrarse en sus entendimientos acerca de la materia, de forma de permitir que a través del debate madure la superación del precedente. En verdad, la seguridad jurídica y la previsibilidad justifican el mantenimiento de la tesis jurídica hasta entonces aplicada, mientras que con la señalización se demuestra que no se debe considerar y confiar en un determinado precedente que pueda ser revisado en el futuro (Harris 1994, 160; Eisenberg 1988, 122).

Otra técnica utilizada es el *anticipatory overruling* (la superación anticipada), donde un tribunal inferior deja de aplicar el precedente vinculante al caso concreto y anticipa la superación anteriormente insinuada por un tribunal superior. Consiste en la revocación preventiva del precedente por los tribunales inferiores fundamentándose en que no existe más una regla que ha de ser seguida como ya había sido reconocido por el propio tribunal

superior. En otras palabras, basta que en la decisión del tribunal superior haya habido una alteración del rumbo atinente al respectivo precedente.

Se constata en la presencia de varios factores, tales como (Kniffen 1982, 63 y sigs.) un claro desgaste del precedente anteriormente establecido. Los tribunales inferiores identifican una nueva tendencia de juzgamientos que está subyacente en las decisiones del tribunal superior, demostrando que el precedente fijado no puede subsistir más. Hay una concienciación de que el tribunal superior está aguardando un caso apropiado para rever el precedente o hay un cambio de los integrantes del tribunal superior o un cambio de entendimiento de alguno de sus integrantes. De aquí surge la necesidad de un cambio inmediato de la tendencia jurisprudencial en apoyo de los pleitos de contexto social.

No se utiliza mucho el *anticipatory overruling* ya que su utilización explícita puede inspirar el uso difundido y menos cauteloso del dispositivo. La referida técnica no se confunde con la técnica del *overruling* en virtud de la ausencia de competencia del tribunal inferior en la revocación del precedente anteriormente estabilizado, ni siquiera por idéntico motivo con la técnica de aplicación del *overruling* implícito. En este último caso, el tribunal superior, sin mencionar que está revocando su decisión anterior, determina que la regla de derecho anunciada en el precedente ya no es correcta. El precedente, por lo tanto, no existe más como tal y el tribunal inferior no debe seguirlo más, siendo diferente del *anticipatory overruling*.

Hay, en todos esos casos, un conflicto entre la aplicación de la seguridad jurídica y el mantenimiento del precedente, y de la garantía de la tutela jurisdiccional más justa de acuerdo con el nuevo escenario normativo y social, a través del apartamiento del precedente que supuestamente será superado en el futuro por un tribunal superior (Kniffen 1982, 53-89).

Finalmente, la última técnica utilizada es una decisión *per incuriam*. Ocurre en el juzgado que no toma en cuenta la existencia de una norma jurídica, presente en un precedente judicial o en una ley, aplicable al caso concreto, o bien demuestra que no fue observada la tesis jurídica fijada anteriormente en el precedente judicial o en la ley. Dicho tema será analizado cuando se estudie el Tribunal de Apelaciones (*Court of Appeal*).

Lo que podemos observar es que todas esas técnicas demuestran la dinámica en la formación del precedente que alimenta al sistema. El precedente comienza a formarse en

el primer grado de jurisdicción y, consecuentemente, las decisiones judiciales en cualquier grado jerárquico tienen un mayor o menor nivel de impacto en el sistema jurídico. El precedente establecido en el primer grado de jurisdicción tiene su valor aunque sea más débil en una escala imaginaria de eficacia; esto es así porque la formación y la divulgación del patrón de decisión desde el primer grado sirve para vincular (al menos por coherencia o desde el punto de vista moral) el juicio formador del precedente y lo incentiva a adoptar como patrón de decisión, influenciando de alguna forma a los jueces del mismo nivel jerárquico.

En ese campo, independientemente de las reformas legislativas, el juez es consciente de su función social de forma que percibe su decisión como un acto de orientación dirigido no ya a las partes, sino también a la sociedad. Sin embargo, de nada serviría en este sistema esa concientización si no hubiera respeto hacia la jerarquía de la organización judicial.

1.4.3. Razonamiento práctico (*Practical Reasoning*)

En esta sección analizaremos el razonamiento jurídico empleado en la decisión judicial dentro del *common law* y sus consecuencias en el mundo jurídico para una mejor comprensión y análisis de su alcance.

En este sistema, el impacto de la ley pasa por un análisis de la resolución judicial de los jueces en la aplicación de la ley al caso concreto, reflejado en el consejo dado por los abogados a sus clientes, así como en la previsión de su alcance por parte de los legisladores al elaborar las leyes. La llave que enlaza todas esas actividades y que va a servir de base para que se explore el razonamiento jurídico (Summers 2000, 195-285) que se ha de recorrer, es que las respuestas encontradas por los jueces, abogados y legisladores provienen de la habilidad de manejar los diversos tipos de materiales legales existentes. De modo que hay así un elemento importante de creatividad en la elaboración de las respuestas encontradas a través de una gama de criterios supuestamente racionales.

La dilatada experiencia del *common law* demuestra que la tarea del jurista, es decir, aquellos que conocen el derecho y actúan tanto como investigador y como juez, fue

desarrollada a través de la ordenación de exigencias objetivas bajo el amparo de una fuerte ética de responsabilidad, traduciendo los principios y normas de convivencia. Esto es así porque, sin despreciar la ventaja que surge de la interpretación de un texto, siempre existió en los países integrantes del *common law* la necesidad de la presencia de un intelectual técnicamente preparado y munido de sensibilidad histórica que no se satisfaga en procurar normas confeccionadas por un órgano jerárquicamente superior.

En este contexto, se destaca el papel del jurista involucrado en el proceso de producción del derecho a través de recurrir a su sensibilidad para interpretar las señales del tiempo y acompañar el movimiento y la mutación generada por la evolución de los hechos con la enunciación de principios reguladores. Sobresale la necesidad de principios seguros provenientes de lectores confiables y, asimismo, la necesidad de ser elásticos y disponibles para aplicaciones de contingentes diversificados, aun ante la rigidez de su núcleo esencial.

¿Sería utópico aplicar este raciocinio en los países que siguen el modelo del derecho europeo continental, que viven codificaciones rígidas? Tal hecho será explorado más detalladamente en el capítulo de los aspectos pragmáticos del análisis de la jurisprudencia al tratar sobre la unidad del ordenamiento jurídico.

Ya solo resta demostrar las características del *common law* para posteriormente analizar la necesidad de una remodelación jurídica a través del papel de la jurisprudencia, de forma de incluirla en la lectura de las «señales del tiempo» como una tendencia que ha de ser recorrida en la historia de la civilización occidental.

El punto de partida es que el argumento jurídico se basa principalmente en las habilidades fundamentales relacionadas con el razonamiento común a la mayoría de las disciplinas jurídicas, el cual es el razonamiento lógico.

El ejemplo clásico del proceso de razonamiento lógico es el «silogismo» en una estructura verbal donde una verdadera conclusión a partir de una premisa mayor en dirección a una premisa menor donde cada una es verificable dentro del propio derecho. Por ejemplo: todas las mujeres son mortales. La reina de Inglaterra es una mujer. Por lo tanto, se concluye que ella es mortal.

Se trata apenas de un tipo de razonamiento lógico ya que en la lógica convencionalmente hay una distinción importante entre dos modos de procesos diferentes: el llamado razonamiento inductivo y el deductivo.

La forma del razonamiento deductivo acredita que, si la premisa mayor y la premisa menor fueron construidas correctamente, la conclusión alcanzada a través de este razonamiento será verdadera. Se verifica así que el silogismo es una representación de la forma del razonamiento deductivo. Por otro lado, el razonamiento inductivo no proporciona el mismo grado de certeza. Se alcanza una respuesta inductiva en base a una suposición de que la experiencia particular es de aplicación general. Esa suposición probablemente será bastante precisa y, obviamente, cuanto más información vayamos a aportar a nuestra hipótesis, más probable será que esta tenga efectos en el futuro (Holland y Webb, 2010, 376).

En el *common law*, los abogados usan el razonamiento inductivo y el deductivo, y la decisión legal hecha por los jueces generalmente también involucra los dos modelos que usados en conjunto producen una conclusión fundamentada; esto es así porque el razonamiento sobre normas legales se presenta en dos contextos diferentes: la interpretación de los estatutos y el uso del precedente a través de la jurisprudencia.

A través de una simplificación excesiva, la interpretación estatutaria se amolda principalmente en el modelo deductivo. Sin embargo, ese razonamiento deductivo «puro» solo puede ser usado para aplicar reglas claras en situaciones de hechos específicos. Como se ha visto anteriormente, los tribunales precisan buscar el alcance de la voluntad legislativa a través de la interpretación de la ley utilizando criterios interpretativos tales como: la regla literal (*literal rule*), la regla de oro (*golden rule*) y la regla del delito (*mischief rule*). Sin embargo, la aplicación práctica demuestra que la interpretación estatutaria muchas veces implica un elemento significativo de razonamiento por inducción; es por eso que se recurrirá a los diversos precedentes concurrentes existentes siempre que hubiera dudas sobre el alcance de la ley (Holland *et al.* 2010, 380)⁴³.

⁴³ Los autores argumentan que: «Esto es así porque muchas veces la premisa mayor puede ser dejada a un lado a través de la demostración de que esta (por ej., la declaración de la regla) puede conducir a una premisa menor (declaración de hecho) falsa. “Por ejemplo: Todas las vacas comen pasto. Las vacas son mamíferos. Por lo tanto, todos los mamíferos comen pasto”. De hecho, este silogismo como argumento es totalmente erróneo. No solo las premisas iniciales fallan al no establecer un fundamento para decir que

En lo que concierne a la interpretación del precedente, Edward Levi (1948, 506) desarrolla la idea denominada de las tres etapas para el razonamiento jurídico en la aplicación del precedente. En un primer paso, el juez analiza la similitud fáctica relevante entre un caso anterior, u otros casos, y el caso actual que será analizado. En un segundo paso, hay una identificación de las reglas que servirán de base para el caso anterior. Y, finalmente, en la última etapa, se aplica dicha regla al presente caso concreto. En las primeras etapas, se utiliza el método inductivo y solamente en la etapa final de aplicación se utiliza el modelo deductivo.

Tales hechos demuestran que la jurisprudencia y el derecho estatutario corresponden a un proceso de razonamiento donde no están completamente separados.

Lo que se observa es que en este sistema la ley no opera en un vacío. Las disputas legales solo surgen de situaciones fácticas. Esto significa que tales disputas siempre involucran una combinación de la ley y los hechos.

Las cuestiones fácticas puestas a consideración para la comprobación de lo que aconteció a través de varios tipos de evidencias como, por ejemplo, declaraciones testimoniales

todos los mamíferos comen pasto (no hay pruebas aquí de los hábitos alimenticios de otros mamíferos, ni hay algo que permita predecir una similitud suficiente entre las vacas y otros mamíferos), sino que la premisa menor también resulta fallida. Si uno se detiene a reflexionar, se trata en realidad de una norma (la premisa mayor) disfrazada de un hecho. Resulta poco sorprendente, pues, que la conclusión como un asunto de lógica no pueda cuajar. Si se cambiara una u otra de las premisas a su forma ‘correcta’, cambiamos el rumbo del problema, y en consecuencia arribamos a la conclusión. De manera que podríamos decir: Todas las vacas comen pasto. Rubia es el nombre de una vaca. Por lo tanto Rubia come pasto. Lo que esto implica en realidad es que en el derecho se intenta desafiar a aquellos elementos del razonamiento que tienen más probabilidades de alcanzarse inductivamente en primer lugar—la formulación de la norma, o la declaración de hecho». [Traducción libre de la autora.] Original: «For example: “All cows eat grass. Cows are mammals. Therefore all mammals eat grass.” In fact this syllogism is argument totally wrong. Not only do the initial premises not establish a basis for saying that all mammals eat grass (there is no evidence here about the eating habits of other mammals, nor is there anything which predicates a sufficient similarity between cows and other mammals), the minor premise is flawed. If you think about it, it is really a rule (major premise) masquerading as a fact. Unsurprisingly, then, the conclusion as a matter of logic just does not follow. By changing one or other of the premises to its “correct” form we change the pathway through the problem, and hence the conclusion. So we could say: All cows eat grass. Buttercup is a cow. Therefore Buttercup eats grass. What this actually means in law is that you will attempt to challenge those elements of the reasoning that are more likely to have been arrived at inductively in the first place—the formulation of the rule, or statement of fact».

orales, etc. Y las cuestiones de derecho surgen en relación con los principios legales argumentados en cada caso. Esos principios existen precisamente por causa de las dificultades lingüísticas existentes y contribuyen a proporcionar una orientación para que los tribunales superen tales dificultades.

Se observa que los referidos principios no asumen ni crean un conjunto de reglas altamente estructuradas de forma de dictar con un alto grado de certeza cómo las cuestiones o los casos legales serán resueltos. Esos principios proporcionan una estructura, un modelo por seguir, y no solo normas de derecho rígidas donde solo hay un camino por seguir. Definen solamente los límites de los argumentos legales aceptables, dejando un margen para la actuación del juez en cada caso particular. Eso significa que los jueces poseen un considerable margen de discrecionalidad en la elección de los principios que aplicarán en el caso concreto y, consecuentemente, en la interpretación que harán de los estatutos legales.

La ambigüedad semántica demuestra que la flexibilidad en la atribución de los significados de las palabras proporciona aspectos positivos y negativos sobre el desenvolvimiento del derecho inglés. Esto es así porque los problemas de precisión en la definición pueden ser tales que los jueces se muestren renuentes a definirlos. De la misma forma, la falta de una definición precisa puede ser igualmente indicativa de una decisión positiva en el sentido de no imponer una definición indebidamente restrictiva sobre un concepto específico. En última instancia, lo que se verifica es que hay un costo legal en la medida en que la falta de definiciones formalizadas puede a veces permitir que la ley se desenvuelva sin la coherencia ni las consistencias internas esperadas.

En este contexto, los argumentos legales se extraen principalmente a través de la interpretación, y en este punto no solo de la interpretación de los estatutos sino también de la interpretación proporcionada por los «*law reports*». Este hecho demuestra que el alcance posible de la interpretación de tales documentos está definido por las normas y las prácticas de las interpretaciones legales; es decir, podemos pensar en la interpretación legal como un producto alcanzado por la comunidad interpretativa. En otras palabras, la interpretación es el primer paso para el argumento jurídico porque la interpretación define lo que está siendo discutido, tanto en lo que se refiere a las reglas aplicables a un caso, cuanto a los hechos para los cuales se aplican las reglas.

Robert S. Summers afirma que los argumentos buenos implican necesariamente decisiones justificadas (2000, 161-162). Considera que las mejores decisiones deberían ser construidas a través de un proceso de análisis y comparación de todas las justificaciones viables presentadas para que al final se llegue a optar por una decisión que resulte ser la mejor justificación dentro de todas las expuestas. A esto se añade que al alcanzar la mejor decisión el juez podría desarrollar mejor los fundamentos de la decisión para posibilitar que su decisión sirva de orientación para decisiones futuras.

Es importante que los jueces elaboren las mejores justificaciones. Idealmente, deberán elaborar la justificación disponible para cada decisión alternativa, compararlas y, luego, elegir la decisión que esté respaldada por la mejor justificación. Aquel juez que atraviese este proceso tendrá las mejores posibilidades de alcanzar la mejor decisión.

Aun cuando estén seguros de haber alcanzado la mejor decisión, los jueces podrán esmerarse adicionalmente en elaborar y desplegar razones. Al proceder así, los jueces podrán guiar a otros jueces para que estos obtengan mejores decisiones en casos futuros. Y podrán ser útiles para otros fines también. Podrán volver el resultado más aceptable para las partes, de manera que disminuya la necesidad de un cumplimiento coercivo (con la consecuente fricción, despilfarro y pérdida de libertad); y podrán hacer que el estado resultante de la ley sea (1) más «semejante a la ley» y, por lo tanto, que sea consistente con los valores del «estado de derecho» (incluida la predicibilidad), (2) más merecedor del respeto y, en consecuencia, capaz de motivar niveles más elevados de conformidad en general, y (3) más fácilmente valorable y, por lo tanto, susceptible de una revisión racional a medida que las condiciones y los valores cambien. (Traducción libre de la autora.)

Obviamente, el argumento jurídico exige algún tipo de fundamentación que justifique la posición que ha de ser tomada.

Otro hecho (factor) que es relevante para este sistema corresponde al reclutamiento de los jueces (Malleson 2007, 14-26; Morrison y Gearey 2011, 205-206) y su influencia en la argumentación judicial. La tradición viva en los países que acompañan el *common law* consiste en que el reclutamiento para las Cortes del Poder Judicial estará compuesta por quienes se hayan establecido como profesionales legales exitosos y, entre estos, predominantemente aquellos que se hubieran especializado en la profesión como abogados actuantes ante los tribunales.

Hay una fuerte influencia en el estilo de argumentación judicial en esta tradición; esto es así porque los abogados se empeñan en construir y convencer al tribunal de que la fundamentación de sus argumentos será importante para la formación de la decisión judicial y, en el caso que fuera acogida por el tribunal, tendrá peso para influenciar las decisiones futuras. La formación del precedente, vale decir, la obtención de una respuesta final para determinada cuestión jurídica, paulatinamente se desarrolla a partir de debates y decisiones pronunciadas en innumerables procesos que ocupan al Poder Judicial. Se parte del esfuerzo individual de los abogados, jueces y demás involucrados en la actividad procesal en la búsqueda de madurar una determinada cuestión jurídica. El precedente judicial representa, de esta forma, la materialización de ese consenso en torno al mejor entendimiento posible con respecto a determinada decisión. El precedente es más que una mera decisión con reflejos objetivos en los casos semejantes en el futuro. Consiste en la expresión concreta de la mejor solución que el sistema jurídico vocalizó hasta aquel momento para determinada cuestión jurídica.

1.5. El papel de los tribunales

Pasemos ahora al estudio de la esencia que desarrolla el sentido moral que anima a los jueces del *common law*, especialmente el respeto por la estructura jerárquica y por la coherencia en las orientaciones del Judiciario para sí mismo y para la sociedad. El punto a destacar es el respeto a la idea de sistema y a la autoridad de decisión con fuerza de precedente judicial. Esto quiere decir que una vez alterado el entendimiento manifestado en el precedente y fijado por el órgano legítimo, esta nueva orientación debe prevalecer como guía tanto para el órgano que profirió la nueva orientación como para los jerárquicamente inferiores.

Se destaca así en esta sección la necesidad de comprensión del contenido de la fundamentación de las decisiones judiciales de forma de aplicar uniformemente la ley a través del desarrollo del concepto de igualdad y justicia en el caso concreto y de la necesidad de establecer la seguridad jurídica pretendida por el ordenamiento jurídico.

El punto de partida es la época de la sociedad anglo-normanda. Los anglo-normandos fueron principalmente descendientes de los normandos que gobernaron Inglaterra

después de su conquista por Guillermo, Duque de Normandía, en 1066, aun cuando algunos normandos ya se encontraban en Inglaterra antes de esta conquista. Guillermo el Conquistador, descendiente de invasores vikingos, fue el primer rey normando de Inglaterra y gobernó desde 1066 hasta su muerte en 1087. De ahí surge una lengua anglo-normanda que fue durante mucho tiempo la lengua materna de los reyes de Inglaterra y de la alta nobleza, pero no así del pueblo llano. Al poco tiempo fue cediendo espacio para dar lugar al inglés, que acabó siendo la única lengua del país.

Es curioso observar que desde la época de la sociedad anglo-normanda, los juicios realizados por los tribunales se basaban en las costumbres y en la legislación local. Sin embargo, en algunos casos excepcionales no era posible identificar la utilización de las costumbres y de la legislación local en la decisión judicial que servía de guía para los tribunales. Para estos casos, se desarrolló el concepto de igualdad y justicia. Se observaba la semejanza de los hechos esenciales en casos anteriores y, en consecuencia, esta semejanza se volvía la base de una regla formulada para servir de guía para casos futuros. Este proceso se extendió a todo el campo de las cuestiones litigiosas, de modo que un tribunal encontraba en los casos establecidos anteriormente las normas necesarias para la determinación de la controversia que estaba por ser juzgada.

En aquellos casos donde no se vislumbraba si la norma extraída de la decisión estaba fundamentada en una costumbre o en la legislación local, los tribunales a veces decidían aplicar los fundamentos de la decisión judicial anterior sin indagar en sus fuentes (Carpenter 1927-28). Esto ocurría a medida que la sociedad se iba tornando más compleja y comenzaban a surgir casos donde ninguna norma había sido aún formulada por los tribunales.

El tribunal establecía una norma nueva que servía de guía para la resolución de casos futuros. Existían diversas fuentes posibles a partir de las cuales el tribunal establecía una norma nueva: a través de casos análogos anteriores, o bien a través de la legislación y las propias costumbres. En cuanto a este aspecto, cuando una nueva norma era derivada de una costumbre no era difícil percibir la norma anunciada por el tribunal. Sin embargo, si una norma derivaba de casos análogos anteriores, esa norma anunciada por el tribunal podía no siempre ser aparente. Esto es así porque el proceso de derivación tiende a dificultar la comprensión de la existencia del elemento nuevo. Es decir, los primeros casos que han de ser juzgados son fácilmente clasificados y consiguen resaltar la distinción

existente en el caso concreto y, consecuentemente, son capaces de originar una norma para el caso nuevo. Es comparado y sometido a prueba por líneas cognadas⁴⁴ de decisiones, y en su forma final y establecida el caso se decide de acuerdo con ellas. Sin embargo, a medida que se apartan del caso originario, aparecen diversos niveles de comparación que se pueden desconectar del caso originario.

Obsérvese de acuerdo con este razonamiento que algunas normas extraídas de la decisión judicial eran fácilmente rastreadas, pero en otros casos las normas surgían sin ninguna fuente aparente, por lo que no siempre era posible afirmar si verdaderamente habría existido anteriormente una costumbre o un uso. Las normas extraídas de la decisión judicial eran razonablemente coherentes con normas análogas y no eran positivamente incompatibles con ninguna otra fuente. En virtud de esto, esas normas fueron seguidas y resistieron cuando fueron sometidas a prueba por muchos y muchos años.

Estos hechos demuestran una conclusión importante: las normas extraídas de la decisión judicial que eran seguidas por los jueces podían ser acompañadas independientemente de su origen. Este hecho ocurría porque a los jueces les fue impuesto el deber de decidir todas las disputas que les eran presentadas, y al cumplir con este deber, podían hacerlo de una forma más adecuada y justa, estableciendo normas que no solo servirían de guías para los casos futuros, sino también de guía para las personas en general en sus relaciones comerciales y sociales.

A estas alturas resulta importante analizar las teorías que se desvían de la autoridad de decisión judicial para una mejor comprensión y explicar la conclusión anterior.

En consonancia con la llamada *orthodox common law theory of law* (teoría ortodoxa de la ley del *common law*), la ley es concebida como una «entidad», existiendo por separado y antes de la decisión judicial, o incluso mejor, hay una ley preexistente o un sistema de normas prontas para su aplicación en cualquier situación que se presente a juicio para ser resuelta (Viscount Bryce, 1901; Beale, 1935)⁴⁵.

⁴⁴ «Cognado» corresponde a un término empleado por la lingüística para referirse a las palabras que tienen una misma raíz etimológica.

⁴⁵ Las divergencias se deben a la vista de la ley en cuanto a la naturaleza de esta preexistencia. Es referida como un cuerpo de usos o de normas costumbristas existentes en la sociedad como un orden de principios

Esta teoría ortodoxa se divide en dos visiones. La primera, en el sentido de que las decisiones del tribunal son evidencias⁴⁶ conclusivas de que es la ley, mientras que bajo la otra visión se concibe que existe esa evidencia conclusiva entre la ley y la decisión judicial, esto es, las decisiones judiciales son evidencias de la ley, pero no evidencias conclusivas de la misma.

Independientemente de las visiones señaladas, de acuerdo con esta teoría ortodoxa no sería el deber de los jueces hacer o modificar la ley existente, pero sí aplicarla. En el juzgamiento de una causa no surgirían cuestiones que no pudiesen ser resueltas con la aplicación de las normas existentes.

En oposición a esta teoría, se concibe que la decisión judicial emitida por los tribunales son leyes en sí mismas, o sea, no están concebidas como existiendo por separado o antes de una decisión judicial. En otras palabras, las normas establecidas por las decisiones de los tribunales constituyen leyes.

Uno de los defensores de esta tesis fue Jeremy Bentham, quien rebatió fuertemente la teoría declaratoria. Formuló el principio utilitario por el cual, de acuerdo con su filosofía moral, las leyes deben ser hechas para servir mejor al interés común (Wigwe 2011, 4-5; Bentham 1970; MacCormick 1966, 203-204). Otro defensor de esta visión fue John Austin (Wigwe 2011, 6-13)⁴⁷, seguidor de Bentham y profesor de derecho jurisprudencial en la Universidad de Londres, quien buscó una comprensiva y rigurosa definición del derecho positivo. Fue el primero en sistematizar una visión de la ley conocida como positivismo jurídico (legal positivismo). El autor en su discurso consideraba la ley bajo dos aspectos. El primer aspecto en relación con sus fuentes y sus límites (donde comienza y termina), el segundo en relación con sus finalidades y las materias relacionadas (Wigwe

existentes en la sociedad o como un cuerpo legal de principios», el cual es aceptado por los profesionales letrados.

⁴⁶ La palabra «evidencia» es un término que proviene del latín *evidentia*, que permite a los estados indicar un cierto acto innegable y no se puede poner en duda.

⁴⁷ Todo el sistema del derecho posee especificidades y características diferentes, y existen principios, nociones y distinciones comunes en varios sistemas que pueden ser comparados, en sistemas aliados, por sus analogías o semejanzas. Varios de esos principios son comunes, desde los sistemas más rudos a los más amplios y maduros, y son capaces de delinear una ciencia extensa llamada en general jurisprudencia o filosofía del derecho positivo. Resulta enriquecedor el estudio y la comparación de las instituciones análogas en otros sistemas para el perfeccionamiento del propio sistema.

2011, 4-7). Entendía que resultaba una infantil ficción el hecho de considerar que las normas emanadas de los órganos judiciales no constituían la ley.

Las teorías así expuestas eran controvertidas en cuanto a las cuestiones de autoridad de la decisión judicial en lo tocante a saber si un juez tenía autoridad para crear o apenas declarar el derecho existente. Obsérvese que no resulta relevante para el presente trabajo la discusión acerca de si la decisión judicial crea o declara un derecho, pero sí merece nuestra atención el razonamiento jurídico con respecto a los motivos por los cuales el *common law* se consagró a través de la doctrina del *stare decisis* y culminó con el carácter vinculante de la decisión judicial emanada desde el más alto tribunal.

Y en esa perspectiva, la problemática del respeto al precedente se acentuaba cuando se analizaba la revocación del precedente por un tribunal superior. Ante la posibilidad de la existencia de un precedente que resultara inconsistente con otras normas o injusto en el momento de su aplicación e incluso no adaptado al paso del tiempo, se destacaba la necesidad de fundamentar el precedente de forma de equilibrar la aplicación uniforme de la ley con la concepción de la justicia al caso concreto.

Como ya se mencionó, en la teoría ortodoxa del *common law* hay una preexistencia de la ley, y los usos y costumbres constituyen leyes (leyes no escritas) capaces de modificar las normas anteriores. En esa misma línea de razonamiento, hay autores que reconocen que el *common law* se desarrolló a través de las decisiones extraídas de los tribunales (Carpenter 1917, 598-599)⁴⁸. Admiten que las decisiones de los tribunales son capaces de modificar la ley; no obstante, cuando admiten que las decisiones de los tribunales modifican la ley, estos no modifican la teoría de que la ley es preexistente (ortodoxa), ya que la decisión no tiene el poder de modificar la ley directamente.

Tal hecho se agudizaba al analizar la posibilidad de revocación del precedente por un tribunal superior. En este aspecto, Charles Carpenter (1927-1928, 35-36) hace hincapié en que no es posible seguir el precedente sin al menos procurar entender la razón

⁴⁸ Charles Carpenter cita Hammond y Beale como los exponentes del derecho de la época, quienes admitieron que el *common law* se consolidó a través de las decisiones judiciales. Hammond admite que en los aspectos históricos del sistema los tribunales hacen la ley, en tanto que Beale sostiene que la ley cambiará de conformidad con los principios generales de justicia y adecuándose a las necesidades de su tiempo, siendo verdad que las decisiones de los tribunales son una de las fuentes de ese cambio.

fundamental o el principio general extraído de la misma. Esto es así porque la inobservancia de esos aspectos conduce inevitablemente a la divergencia, inconsistencia y confusión, de manera que existen normas y principios adoptados que son adecuados a las instituciones de tiempos pasados, como teorías de una determinada generación que no pueden ser mantenidas en virtud de los cambios acontecidos. El precedente debe ser seguido, pero el *stare decisis* no debe ser usado como un sustituto para el trabajo duro y arduo anteriormente utilizado. Existiría una fuerte presunción a favor del precedente, donde las normas de los tribunales son encontradas y adoptadas a través de la práctica de la adhesión a los precedentes.

Es posible que exista un precedente inconsistente con otras normas, injustas en su aplicación o no adaptadas en virtud de alteraciones en las condiciones, y en este caso es posible vislumbrar un precedente ciertamente indeseable. En virtud de tales hechos, Carpenter propugna una actitud más liberal en relación con el precedente de modo de satisfacer más adecuadamente esas exigencias antitéticas que les son presentadas, a través de una propuesta con una actitud más amplia que permitiría la eliminación de muchas normas inconsistentes y mal adaptadas que se desarrollaron y se perpetuaron como resultado de una estricta adhesión a la rígida exigencia del *stare decisis*. Con todo, cabe destacar que el *common law* tiene un cuerpo consistente y sistemático de aplicación de normas y principios que evolucionan en un proceso de aplicación de normas a casos particulares que ningún conjunto de normas legislativas *a priori* puede abarcar completamente, demostrándose así lo saludable de la preservación y el perfeccionamiento de este aspecto del *common law*, de la misma manera que los métodos o procesos de elaboración e interpretación de las normas (Carpenter 1927-1928, 35-36)⁴⁹.

⁴⁹ Se cuestiona el hecho de que un tribunal deba sentirse libre para alejarse del precedente. Carpenter hace notar la posibilidad de alejarse del precedente a través del «*overruling*»: «(...) basándonos en la teoría de que los tribunales meramente declaran la ley preexistente, los tribunales habitualmente han adoptado el punto de vista de que denegar (*overruling*) un precedente no cambia en verdad la ley, sino que meramente declara que el precedente nunca fue ley. De acuerdo con esta teoría, el efecto retroactivo debe necesariamente darse a las decisiones que deniegan (*overrule*) precedentes. Cuando la debate ha surgido, los tribunales han dado un efecto retroactivo uniformemente a las decisiones que deniegan (*overrule*) precedentes, salvo si los precedentes interpretan estatutos, en cuyo caso la causa que esté introduciendo la denegación no tendrá un efecto retroactivo más allá del involucrado en la causa misma. Aun cuando rechacemos la teoría en cuanto a que los tribunales solo pueden declarar la ley preexistente y aceptemos la teoría de que los tribunales hacen la ley, será difícil evitar conferir un efecto retroactivo a las decisiones de

Se comprueba que independientemente de la naturaleza de la decisión judicial que sirve para justificar la revocación del precedente (si es declaratoria o constitutiva), siempre se justificó la obligatoriedad de su seguimiento.

En el caso de la revocación o denegación del precedente (*overruling*), Luis Guilherme Marinoni también afirma que independientemente de la naturaleza de la decisión judicial que sirve para justificar la revocación del precedente, si la declaratoria o constitutiva del derecho, nunca se puso en duda el deber judicial de respeto a los precedentes, ya que ambas teorías estaban conscientes del deber de respetarlos. Se entiende que ambas teorías fueron obligadas a admitir la denegación (*overruling*) del precedente cuyo contenido no pudiese ser retomado sin generar injusticia en un caso concreto (Marinoni 2009).

Con todo lo expuesto, se verifica que el respeto a los precedentes deriva del contenido de su fundamentación y no de una obligatoriedad impuesta por una decisión judicial. Existe la necesidad de alcanzar la uniformidad en la aplicación de la ley con la aplicación del concepto de igualdad sin perder de vista la necesidad de establecer la seguridad jurídica pretendida por el ordenamiento jurídico.

El precedente de esta forma sobresale por el estudio de su fundamentación, cuyo contenido fuera debidamente explorado a través del análisis de la *ratio decidendi*. Mientras tanto, también se debe analizar dentro del nivel jerárquico del órgano Poder Judicial de donde se extrae hasta que la Declaración Práctica (*Practice Statement* 1966) concluye que no pretendía afectar el uso de los precedentes en otro lugar que no fuera en

los tribunales. En tanto las decisiones se den con efecto retroactivo, cabe la posibilidad de que haya personas afectadas que hayan confiado en el precedente denegado (*overruled*). Si las personas han efectivamente realizado transacciones o de alguna otra forma mantuvieron su posición confiando en el precedente y su comportamiento no ha sido inmoral ni antisocial al proceder así, los tribunales deberían mostrarse renuentes a denegar (*overrule*) un precedente cuando hacer esto afectaría a tales personas de manera perjudicial, sino que deberían dejarlo a la legislatura, cuyas reglas no tienen carácter retroactivo, para hacer el cambio. Si parece que algunas personas en realidad han confiado en el precedente indeseable pero parece razonablemente probable que un número considerable de personas han procedido así, esto también debería ser suficiente para impedir al tribunal que rechace el precedente. Si no existiera dicha probabilidad de inequidad, sin embargo, los tribunales deberían sentirse libres para denegar (*overrule*) precedentes ciertamente erróneos con el fin de establecer normas mejores». [Traducción libre de la autora.] Concluye que el recurso del legislador para alterar el *common law* solo debe ser empleado cuando el método legislativo fuera necesario para evitar una injusticia.

la Cámara de los Lores, destacando la importancia de la jerarquía del órgano judicial de donde el precedente emana conforme se verá más adelante.

No se trata de extender el debate con respecto a las diversas estructuras del Poder Judicial inglés, pero sí destacar los dos más importantes órganos juzgadores de donde los precedentes son obligatorios, tal como se verificó que las normas extraídas de la decisión judicial estaban acompañadas independientemente de su origen, ya sea provenientes del *common law* o del *statutory law*, e independientemente de la controversia de si son constitutivas o declaratorias.

1.5.1. La Cámara de los Lores (*House of Lords*)

La doctrina del precedente vinculante se encuentra en el *stare decisis* con el mantenimiento de las decisiones del pasado, siendo su principal ingrediente la jerarquía de los tribunales. En este sentido, el Alto Tribunal de Inglaterra y Gales es el más alto tribunal del Reino Unido, siendo responsable de su propia administración.

La composición del referido tribunal consiste en hasta 12 jueces que también componen el Consejo Privado (*Privy Council*). Actualmente, el jefe del Poder Judicial es el denominado Lord Juez en Jefe (*Lord Chief Justice*)⁵⁰. Técnicamente, según el punto de vista de la doctrina del precedente, hay una diferencia en el número de jueces que compone cada juzgado de forma de intensificar la fuerza del precedente.

Los precedentes provenientes de la Cámara de los Lores (*House of Lords*), actual *Supreme Court of the United Kingdom*, vinculan las decisiones de los tribunales inferiores y sus propias decisiones. Sin embargo, hubo una época en que no era aceptable la revocación

⁵⁰ Antes de 2004, el Poder Judicial era dirigido por el Lord Canciller (*Lord Chancellor*), quien también era el orador de la Cámara de los Lores (poder legislativo) y miembro del gabinete (*Cabinet*) (poder ejecutivo). Esos papeles constitucionales superpuestos se volvieron cada vez más polémicos en la medida en que violaban el principio de que debería haber una separación de poderes entre el Poder Judicial, el legislativo y el ejecutivo. En 2003 el gobierno anunció la abolición del cargo de *Lord Chancellor*. Este cambio fue incluido en la Ley de Reforma Constitucional (*Constitutional Reform Act 2005*), que estableció al Lord Jefe de Justicia (*Lord Chief of Justice*) como el jefe del judiciary.

de los precedentes por la Cámara de los Lores. La referida Cámara solo se apartó de sus propios precedentes una vez que se hubo autorizado la Declaración Práctica (*Practice Statement* 1966).

La regla extraída del juicio de *London Street Tramways v. London County Council* (AC 375 [1898]) se centró en el carácter vinculante de las propias decisiones de la Cámara de los Lores, demostrando la naturaleza clara e inequívocamente obligatoria del precedente. Sin embargo, 68 años después, la Declaración Práctica (*Practice Statement* 1966) mostró la necesidad de que la ley se desenvuelva de manera flexible y, en este sentido, Lord Gardiner anunció que la Cámara de los Lores en el futuro estaría libre para apartarse de sus propias decisiones jurídicas:

Sus Señorías consideran el uso del precedente como unos fundamentos indispensables sobre los cuales decidir qué es la ley y su aplicación a casos individuales. Proporciona al menos algún grado de certeza sobre la cual las personas pueden confiar al gestionar sus asuntos, como así también para un desarrollo ordenado de las normas legales.

Sus Señorías, no obstante, reconocen que una adhesión demasiado rígida al precedente puede llevar a la injusticia en algún caso en particular, y también [puede] indebidamente restringir un desarrollo adecuado de la ley. Ellos proponen, por lo tanto, modificar su presente ejercicio y, aunque consideran las decisiones anteriores de esta Cámara como normalmente vinculantes, alejarse de una decisión anterior cuando parezca correcto proceder así.

En esta relación tomarán en cuenta el peligro de perturbar retrospectivamente la base sobre la cual los contratos, particiones de bienes y acuerdos fiscales hayan sido celebrados y también la necesidad especial de [contar con] certeza en lo que respecta a la ley penal.

El presente anuncio no pretende afectar el uso del precedente en situaciones ajenas a la de esta Cámara (*Practice Statement*, 1966)⁵¹.

⁵¹ Desde entonces, se desestimaron (*overruled*) las propias decisiones de la Cámara de los Lores en los siguientes casos: en **British Railways Board contra Herrington** (1972) se desestimó (*overruled*) el precedente en **Addie contra Dumbreck** (1929). Con respecto al deber de cuidado en el caso de un intruso infantil, en **Murphy contra Brentwood District Council** (1990) se desestimó (*overruled*) el precedente en **Anns contra Merton London Borough Council** (1977) sobre el deber de cuidado por parte de las autoridades locales; en **Pepper contra Hart** (1993) se desestimó (*overruled*) el precedente **Davis contra**

Se llegó a la conclusión de que la regla general extraída del precedente no sería coherente con el sistema si fuesen siempre reglas generales e ignorasen el hecho de que la justicia exige cambios constantes. Del mismo modo, sería incoherente si simplemente se tratara cada caso como excepcional y no se consiguiese desarrollar reglas generales.

Se observa que de acuerdo con la referida *Practice Statement*, hubo una demostración de que apartarse del precedente debe ser usado con moderación de forma que la estabilidad sería preferible en última instancia. Este hecho puede ser verificado a través de algunas decisiones importantes como el caso *Miliangos v. George Frank* (1975) (Harris 1994, 143)⁵² donde el tribunal verificó que el cambio de la regla sería adecuado a las necesidades y no conduciría al quiebre de la estabilidad como se verá más adelante.

Johnson (1979) que prohibía el uso de *Hansard* en la interpretación estatutaria; en **R contra Shivpuri** (1986) se desestimó (*overruled*) **Anderton contra Ryan** (1985) sobre intentar lo imposible en un hurto; **R contra Howe** (1987) desestimó (*overruled*) **R contra Lynch** (1975) y se afirmó que el ejercicio de la fuerza no constituía una defensa para un cargo de homicidio.

⁵² *Miliangos v. George Frank* (1975) 3 WLR 758. *Ou* (1976) AC 443. «En *Milliangos v George Frank (Textiles) Ltda*, la Cámara, por mayoría de cuatro a uno, desestimó sus decisiones en el caso *Havana Railway*. la norma aceptada en Havana era que un tribunal inglés puede pronunciarse solo en esterlinas incluso en demandas por incumplimiento de obligaciones contractuales con respecto a realizar pagos en una moneda extranjera, y que el monto ordenado como pagadero debería realizarse en el equivalente en esterlinas de la suma adeudada conforme al contrato en la fecha del incumplimiento. En *Milliangos*, la Cámara sustituyó la norma que, en tales circunstancias, el demandante tenía derecho de ser resarcido en la moneda extranjera y, si fuera necesario, de dar cumplimiento al pago en esterlinas equivalentes al momento en que se efectuara el pago. La totalidad de los cinco miembros de la Cámara acordaron que el caso anterior era indistinguible. La mayoría opinó que la norma en Havana resultaba injusta para los acreedores. Lord Wilberforce, Lord Edmund-Davies y Lord Fraser opinaron que no era necesario determinar si la decisión Havana había sido incorrecta al momento en que se expidió. Resultaba suficiente concluir que no debería representar el Derecho actual, dados los cambios ocurridos en las cotizaciones de las monedas y los nuevos desarrollos en las normas procesales que rigen la forma en la cual los tribunales pueden pronunciar sus sentencias». [Traducción libre de la autora.] Original: «In *Milliangos v George Frank (Textiles) Ltda*, The House, by majority of four to one, overruled its decisions in the *Havana Railway* case. The rule accepted in Havana was that an English court can render judgments only in sterling even in suits for breach of contractual obligations to make payment in a foreign currency, and that the amount ordered to be paid should be the sterling equivalent of the sum due under the contract at the date of breach. In *Milliangos*, the House substituted the rule that, in such circumstances, the plaintiff was entitled to recover judgment in the foreign currency and, if necessary, to enforce payment in the sterling equivalent at the time payment was

Se llegó así a la siguiente conclusión. No obstante la posibilidad de revocación de los precedentes (*overruled*), el respeto por los precedentes continuó fuerte en virtud de sus fundamentos. Independientemente de la naturaleza de la referida decisión revocatoria, fuera esta declaratoria o constitutiva, el precedente emitido por la más alta corte continúa poseyendo un carácter vinculante porque el respeto al seguimiento de los precedentes está sujeto a la fuerza de sus razones. Tal hecho en nada alteró la regla básica de que las decisiones del tribunal supremo vinculan las decisiones de los tribunales inferiores.

En otras palabras, las decisiones seguidas por los tribunales podían acompañarse independientemente de su origen o de su naturaleza, declaratoria o constitutiva del derecho, ya que nunca se puso en duda el deber de respetar los precedentes emitidos por los más altos tribunales. Ese respeto deriva del peso que tiene la fundamentación del precedente para mantener la integridad del sistema con el seguimiento de las decisiones anteriores, como también con la necesidad de equilibrar la uniformidad de aplicación de la ley en el caso concreto.

Entretanto, hubo un cambio de aproximación del precedente que pasó a cumplir una doble función. La primera función tenía un aspecto doctrinal de desarrollo de las reglas jurídicas; la segunda se caracterizaba por su función social (Gearey *et al.* 2009, 130).

Obsérvese que una de las principales funciones de los tribunales en el *common law* es la resolución de conflictos y también aumentar («enriquecer») el caudal de reglas generales. Esto es así porque una sociedad compleja necesita característicamente de una institución que resuelva de manera concluyente las disputas derivadas de una reivindicación de derecho explicitando la aplicación y las implicancias de los patrones existentes en las sociedades en situaciones nuevas. Además, la sociedad moderna está en un estado de cambio continuo, creando la necesidad continua de nuevas reglas para resolver problemas nuevos.

made. All five members of the House agreed that the earlier case was indistinguishable. The majority took the view that the Havana rule worked an injustice on creditors. Lord Wilberforce, Lord Edmund-Davies and Lord Fraser found it unnecessary to determine whether the Havana decision was erroneous at the time when it was laid down. It was sufficient to conclude that it should not represent the law today, in view of intervening changes in rates of exchange and developments in procedural rules governing the form in which court judgments can be rendered».

En este contexto, hay dos modelos en lo que respecta al papel que los tribunales ejercen en el establecimiento de reglas legales que pueden ser denominadas el *by-product model* (modelo derivado) y el *enrichment model* (modelo de enriquecimiento) (Eisenberg 1988, 6-7). En el primer modelo, los tribunales establecen reglas incidentalmente solo como un subproducto derivado de la resolución de conflictos. La formulación de las proposiciones tiene determinados estatus y efectos jurídicos que son necesarios para la solución del litigio. En consecuencia, las reglas encontradas en las decisiones, cuando se prolongan en el tiempo y con argumentos consistentes, tienen un determinado peso, pero no son tratadas como vinculantes. Esto es así porque anuncian reglas estrictamente necesarias para disponer acerca de la disputa en cuestión, no siendo fuente de producción de reglas claras.

Por el contrario, de acuerdo con el segundo modelo, el establecimiento de reglas generales para gobernar la conducta social está considerado como deseable aunque subordinado en algún aspecto con la resolución de litigios. En este modelo, los tribunales asumen conscientemente la función de desarrollar los aspectos de la ley, aunque caso por caso. Sus decisiones son vinculantes porque abstraen reglas del caso concreto y no solamente soluciones estrictamente necesarias para el fin del litigio (Eisenberg 1988, 6)⁵³.

⁵³ En los Estados Unidos, el referido autor brinda el ejemplo siguiente: «(...) en *Hamberger v. Eastman* (1964) la cuestión acerca de si la instalación subrepticia de un dispositivo de escucha en el cuarto de dormir de un individuo constituía un acto ilícito. El tribunal aprovechó la ocasión para adoptar la norma amplia de que los individuos tienen el derecho a la privacidad que se ve violada por una intrusión en su soledad física y mental, mediante la divulgación pública de hechos privados, mediante la publicidad que difunde una imagen falsa y mediante la apropiación de su nombre o semejanza para el beneficio del acusado. De manera similar, en *Rowland v. Christian* (1968), un invitado social alegó que había sido lastimado como consecuencia de la negligencia de su anfitrión. El tribunal aprovechó la ocasión para abolir el complejo sistema del *common law* que regía la obligación de cuidar que tenían los propietarios —la cual imponía diferentes obligaciones con respecto a intrusos, licenciarios e invitados— y para sustituir dicho sistema con una norma general de razonabilidad». [Traducción libre de la autora.] Original: «(...) in *Hamberger v. Eastman* (1964) the question was whether the surreptitious installation of a listening device in an individual's bedroom constituted a tortious act. The court used the occasion to embrace the broad rule that individuals have a right of privacy that is infringed by intrusion into their physical and mental solitude, by public disclosure of private facts, by publicity that places them in a false light, and by appropriation of their name or likeness for the defendant's benefit. Similarly, in *Rowland v. Christian* (1968) a social guest alleged that he had been injured as a result of his host's negligence. The court used the occasion to abolish the complex Common Law system governing a property owner's duty care, which imposed different duties on trespassers, licensees, and invitees, and to replace that system with a general reasonableness standard».

Melvin Aron Eisenberg expone cuatro principios fundamentales enraizados en la función social del tribunal, que determinan cómo la ley es establecida y alterada por los tribunales, a saber: la objetividad (*objectivity*), el fundamento (*support*), la capacidad de reproducción (*replicability*) y la capacidad de respuesta (*responsiveness*) (Eisenberg 1988, 8-13). El primer principio, la objetividad (*objectivity*), está ligado con el concepto de imparcialidad, el cual es el fundamento para juzgar, y también con el concepto de universalidad, donde se exige que los tribunales resuelvan las disputas estableciendo y aplicando reglas que no se apliquen solamente a las partes sino a todos aquellos que estén en situaciones semejantes. De acuerdo con este principio, los tribunales aplican y articulan reglas que estén listas para su aplicación en el futuro en personas que se encuentren en la misma situación. El segundo principio, el fundamento (*support*), requiere que las reglas derivadas de los tribunales en la solución de conflictos deban estar fundamentadas en los patrones generales de la sociedad o en los patrones especiales del sistema legal.

El tercer principio, la capacidad de reproducción (*replicability*), demuestra que el establecimiento de las reglas está determinado tanto por los abogados que influyen el resultado del proceso decisorio como por los tribunales que analizan la mejor fundamentación judicial que ha de ser aplicada. Se refuerza la importancia de la presencia del abogado en el proceso de formación de la decisión judicial a través de argumentaciones fundamentadas y permite también que las partes se presenten como participantes activos en ese proceso. Esta presencia y participación sería imposible o difícil si las partes y los abogados no conocieran los tipos de pruebas y argumentaciones que los tribunales van a utilizar para llegar a sus conclusiones en la formación de la decisión judicial.

El último principio, la capacidad de respuesta (*responsiveness*), se relaciona con la capacidad de respuesta de los tribunales en el sentido de que atienden al discurso profesional y están listos para modificar sus opiniones cuando ese discurso fuera convincente o echarlas a un lado cuando se demuestre lo contrario.

Estos cuatro principios exigen que los tribunales obren con consciencia al formular y aplicar las reglas extraídas del caso concreto para el futuro de acuerdo con los patrones de la sociedad y del sistema legal. Exige la participación de los abogados y también de quienes contribuyan a la argumentación judicial que será analizada por los tribunales. Por

supuesto que los tribunales deben demostrar a través de una fundamentación consistente los motivos de la formación de su decisión como base de un mecanismo de retroalimentación (*feedback*) de forma de consolidar la legitimidad de los tribunales.

Lo que se observa y se destaca aquí es que la Cámara de los Lores demostró que el seguimiento de las decisiones anteriores en nombre de la coherencia podría llevar a una falta de integridad del sistema y, por eso, para mantener la unidad, se empezarán a utilizar técnicas de interpretación de forma de establecer una armonía entre el valor de la seguridad jurídica y la igualdad.

1.5.2. El Tribunal de Apelaciones (*Court of Appeal*)

Siguiendo el nivel jerárquico, las decisiones del Tribunal de Apelaciones (*Court of Appeals*) —donde los jueces son denominados *Lord* o *Lady*— tienen un efecto vinculante en relación con los tribunales inferiores, a no ser que hubiera circunstancias excepcionales. Cabe señalar que solo existe el precedente vinculante en esta instancia cuando no hay por encima de esta ninguna decisión del *Supreme Court of the United Kingdom* que pueda tratar sobre la materia que fuera sometida a su consideración. La noción de precedente vinculante apenas justifica el llamado efecto vertical del *stare decisis*, una vez que el precedente solamente obligaría a los jueces y tribunales inferiores. De hecho, no tiene sentido exigir el respeto de los precedentes en las demás áreas de la sociedad si no fueron precedentes respetados dentro del propio sistema jurídico. En esa instancia, son juzgados los casos que llegan mediante un recurso tanto civil como penal.

Un tribunal de apelaciones «es la sala de máquinas del derecho, en tanto que la gran mayoría de las decisiones que dan forma a la ley y al sistema legal se deciden allí» (Malleson 2007, 21).

La importancia de este tribunal, tanto por su lugar en la jerarquía como por su pesada carga de trabajo, incide en cómo son analizados los precedentes ya que la mayoría de los casos importantes van a ser decididos por este tribunal o por sus antecesores, tales como la Cámara del Tribunal de Cuentas (*Court of Exchequer Chamber*). En virtud del pequeño

número de casos que pasan por el *Supreme Court of the United Kingdom*⁵⁴ es este el Tribunal de Recurso que desempeña un papel vital en la supervisión de los tribunales inferiores y en el mantenimiento del apoyo a la estricta teoría del precedente vinculante.

Una de las cuestiones es en qué medida este Tribunal de Apelación está obligado a seguir las decisiones del *Supreme Court of the United Kingdom* y las decisiones de la antigua Cámara de los Lores; esto es así porque el *stare decisis* brinda un cuadro de certeza en el sistema jurídico inglés. Sin embargo, hay una gran preocupación en este sistema en equilibrar la necesidad de certeza del derecho con el deseo de que la ley sea flexible para que se alcance la justicia en los casos concretos.

Lord Denning fue uno de los más fuertes opositores al *stare decisis*. En la búsqueda de la justicia, defendió el sacrificio de la certeza impuesta por el mismo. Sostuvo que ante una decisión *per incuriam* los precedentes de la Cámara de los Lores no precisaban ser seguidos. *Per incuriam* significa que el tribunal no analizó todas las cuestiones relevantes y vitales del caso y tales hechos tuvieron un efecto importante en el juzgamiento, o sea que se demostró que el tribunal falló al tomar en consideración para juzgar el precedente de todas las leyes pertinentes y vitales y también los precedentes anteriores, y que esa falla repercute significativamente en la decisión actual (Hazel 1981).

La decisión *per incuriam* es una técnica que debe ser establecida cuidadosamente. Decir que una decisión fue hecha *per incuriam* no significa simplemente que la decisión tomada por el tribunal anterior fuera errónea; solo significa que hubo un descuido significativo.

Como veremos más adelante, no significa simplemente que se trata de una falla que debería haber sido tomada en cuenta por la autoridad juzgadora: significa además que esta falla ha sido tan grande que llegó a afectar el razonamiento del caso y, consecuentemente, habría afectado el resultado encontrado. Lord Denning está de acuerdo con que la coherencia es uno de los objetivos de la ley. Sin embargo, al contrario de sus colegas en el Tribunal de Recurso, cuestionó la doctrina contenida en la acordada *Young v. Bristol Aeroplane Co., Ltd.* (1944), con el fin de prever el caso excepcional en que se causaría una injusticia al haber una rígida adhesión al precedente (Holland *et al.* 2010, 166).

⁵⁴ Entre el 01 de abril de 2015 y el 31 de marzo de 2016 se realizaron 81 juicios en el *Supreme Court of the United Kingdom*.

La regla que prevaleció en el Tribunal es aquella donde el precedente vincula, con las excepciones establecidas en el caso testigo (*leading case*) *Young v. Bristol Aeroplane Co., Ltd.* (1944). La primera excepción establecida fue en el sentido de que el Tribunal de Apelaciones puede escoger de entre sus propias decisiones conflictivas cuál debe ser seguida. Esta situación puede ocurrir por una serie de razones, entre estas la situación de que hubiera dos o más juicios al mismo tiempo ante diferentes miembros del Tribunal de Apelaciones. Tales casos pueden comprender principios legales semejantes o que llevarían posteriormente a conclusiones aparentemente distintas. En algunos casos, esas decisiones conflictivas aparecerían cuando no hubieran sido mencionadas las decisiones anteriores o incluso cuando se hubiera recurrido a la utilización de la técnica de distinción en un caso y en otro se hubiera realizado el seguimiento relativo al mismo precedente (*Starmark Enterprises Ltd. v. CPL Distribution Ltd.* 2001).

La segunda excepción ocurre cuando la decisión del Tribunal de Apelaciones fuera anulada expresa o implícitamente por el *Supreme Court of the United Kingdom*. En este caso, no se seguirá la decisión del Tribunal de Apelaciones que haya sido anulada por el *Supreme Court*. El Tribunal de Apelaciones quedará vinculado a la última decisión proferida por el *Supreme Court of the United Kingdom*.

No obstante, la siguiente es una situación distinta que quedó sin respuesta en los juzgados: habiendo una decisión del *Supreme Court of the United Kingdom*, el Tribunal de Apelaciones decide por lo contrario de lo establecido por aquel. En este caso, el Tribunal de Apelaciones está ante dos reglas: una en el sentido de que debe acompañar a su propio precedente y otra en el sentido de que debe seguir el precedente establecido por el *Supreme Court* (*Miliangos v. George Frank [Textiles] Ltd.* 1975) (Adams 2003, 167).

La última excepción fue en el sentido de que el Tribunal de Apelaciones no está vinculado a su propia decisión por *per incuriam* en los siguientes casos: por desconocimiento de la autoridad de la decisión anterior que habría sido vinculante para el Tribunal y en virtud de ese desconocimiento hubo un razonamiento defectuoso en la apreciación de la causa. Esto puede acontecer, por ejemplo, cuando el juicio del caso anterior no fue mencionado o cuando el Tribunal de Apelaciones utiliza la técnica de distinción en un caso y en otro no.

Ante esto, se constata que el grado de vinculación o la fuerza de un determinado precedente guarda relación con la jerarquía del tribunal. Este factor institucional interfiere

en la atribución del efecto vinculante y, consecuentemente, el uso en sí del precedente judicial guarda una fuerte relación con la estructura del Poder Judicial.

Capítulo II – Importancia y características de la resolución judicial en la familia del *civil law*

La familia del *civil law* se basa en la ley escrita, codificada o no. En este sistema, los precedentes no suelen ser vinculantes dado el principio de legalidad, en virtud del cual, el juez debe decidir de acuerdo con la ley escrita, de modo que sus resoluciones tienen que motivarse con relación a este principio.

La seguridad y la previsibilidad de las resoluciones judiciales, obviamente, son valores a los que se aspira, aunque se supone que, en este sistema, se realizan a través de la ley y su estricta aplicación por parte de los jueces. Esta rigidez es una de las principales características del sistema del *civil law*.

No obstante, en los países que integran la familia del *civil law* existen algunas normas constitucionales y leyes infraconstitucionales de poca densidad normativa, reflejo de las características de las sociedades complejas, pues ante la multitud de problemas que pueden surgir, la norma necesita plantear soluciones que sigan el casuismo problemático, de forma que se hace necesario concretar su contenido.

Compete así al Poder Judicial explicitar el significado de los mandatos abstractos difundidos tanto en las normas constitucionales como infraconstitucionales, mediante su interpretación y aplicación a los casos concretos, con lo que se alcanza el objetivo primordial de aclarar el contenido de las referidas normas.

Además de aclarar las normas, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional asumen la importante función de formular respuestas para situaciones no previstas y adaptar los antiguos títulos a las nuevas realidades. Este hecho centra la atención sobre el estudio del papel de las resoluciones judiciales y su función en cada sistema jurídico.

En consecuencia, la población cree en la interpretación de las normas que hacen el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, pues, la existencia de un poder soberano que establezca la última palabra relativa a la norma es imprescindible para que funcione la sociedad, al impedir que cada uno adopte su propia Constitución o ley y obre según su voluntad.

Owen Fiss, en su estudio norteamericano sobre un nuevo proceso civil, reproduce, entre otros sentidos, de qué manera la interpretación del juez tiene un carácter único de autoridad, a saber:

El segundo sentido de autoridad, sugerido por las obras de otros positivistas, a saber Herbert Hart y Hans Kelsen, hace hincapié, no en el uso de poder del Estado, sino en una reclamación ética de obediencia, una reclamación según la cual un individuo tiene el deber moral de obedecer una interpretación judicial, no por motivo de su peculiar autoridad intelectual (es decir, porque es una interpretación correcta), sino porque el juez forma parte de una estructura de autoridad cuya preservación es deseable. Esa versión de la reclamación por un carácter de autoridad se refiere a la consciencia del individuo y deriva de la virtud institucional, en vez de derivar del poder institucional. Esa es la más importante versión de reclamación por su carácter de autoridad, porque ninguna sociedad puede depender excesivamente de la fuerza para garantizar la obediencia; es también la más frágil. Depende fundamentalmente de un reconocimiento del valor de la interpretación judicial. Negar el valor de la Constitución, el lugar de los valores constitucionales en el sistema de los EE. UU. o la capacidad del Poder Judicial para interpretar la Constitución acaba con esa peculiar reclamación por la autoridad (Salles, Fiss, Silva y Rós 2004, 296-301). [Traducción libre de la autora.]

No se pueden ignorar posiciones que ven con reticencia que se haya consolidado la visión de que el gran —si no el único— intérprete de la Constitución sería el Tribunal Constitucional (Sarmiento 2009)⁵⁵.

En efecto, hay campos en los que el Poder Judicial debe actuar donde le falta experiencia, para tomar decisiones que promuevan eficientemente los valores constitucionales en juego. Es el caso de aquellos ámbitos que requieren profundos conocimientos técnicos

⁵⁵ Señala Daniel Sarmiento que uno de los efectos colaterales del fenómeno del depósito en el Poder Judicial de las expectativas de interpretar la ley es la difusión de un discurso que resulta muy peligroso en el cual se declama que el voto y la política no son tan importantes, pues lo relevante es la interpretación en sí de los principios constitucionales realizada por el Tribunal Constitucional en última instancia; que en el caso de Brasil es el Supremo Tribunal Federal. Según el autor, «(...) decir que el pueblo no sabe votar es una exageración, y la dictadura de la toga puede no ser mucho mejor que la dictadura del uniforme (...)». [Traducción libre de la autora.]

ajenos al Derecho, como la economía, las políticas públicas y la regulación, o incluso, donde existe una tendencia a ignorar la posibilidad de entablar diálogos interinstitucionales constructivos entre diversos órganos estatales para definir la mejor interpretación de los dictámenes constitucionales.

Pese a los excesos que puedan producirse por depositar en el Poder Judicial unas expectativas que no siempre podrá cumplir de forma satisfactoria, parece que su actuación firme y constructiva podrá contribuir al perfeccionamiento del Estado Democrático de Derecho. Pues las resoluciones emanadas del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional se irradiarán por todo el sistema jurídico (Murphy y Tanenhaus 1968)⁵⁶, como se verá más adelante, a través de los distintos instrumentos de uniformización de la jurisprudencia previstos en el ordenamiento jurídico español, y más concretamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), en adelante LEC, la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio), en adelante LOPJ, y, por último, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre), en adelante LOTC, las cuales serán objeto del presente estudio.

⁵⁶ Al mencionar la legitimidad de los Tribunales en el sistema jurídico estadounidense ante los cambios de regímenes, los referidos autores argumentan que: «In the face of these difficulties, we can speak only in imprecise terms about the probability of legitimation taking place. We postulate that, for people who meet three conditions, a high probability exists that a judicial decision could legitimate a regime change. The first condition is that the constitutional court be perceived. Major decisions cannot have a direct- though they may have an indirect-legitimizing impact if they are not visible. There is no necessity, of course, that public understanding be sophisticated or articulated into a coherent ideology. The second condition is a recognition that it is a proper judicial function to interpret and apply the fundamental principles underlying the polity-acceptance, that is, of judges as guardians of the chastity of the constitution. The third condition is that the court be regarded as carrying out its responsibilities in an impartial and competent manner. People who believe specific decisions are wrong, even wrong-headed, and individual judges unworthy of their office may still meet this last condition if they respect the court as an institution that is generally impartial, just, and competent» (Murphy *et al.* 1968, 359).

2.1. Del ordenamiento jurídico español: la función de los tribunales y los mecanismos reveladores de las resoluciones judiciales

2.1.1. Los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo

Al subir en la pirámide de los órganos jurisdiccionales, los primeros órganos colegiados que se encuentran son las *Audiencias Provinciales*, cuya sede, con arreglo a la LOPJ, se ubica en la capital de la provincia que le dará nombre y por la que se extenderá su jurisdicción civil y penal para conocer los recursos de apelación formulados ante los órganos *unipersonales* de la provincia. Actúan como órganos recursales ordinarios, a los que compete conocer de las apelaciones contra las resoluciones dictadas en primera instancia (Aroca, Colomer y Vilar 2015, 153-154). A su vez, la Audiencia Nacional, con sede en Madrid, tiene jurisdicción en toda España y está integrada por las salas de apelación, penal, contencioso-administrativa y social. Cada sala será competente para conocer los recursos en las materias señaladas por la LOPJ⁵⁷. Por ejemplo, en materia de contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional conoce de los recursos contra las disposiciones del Estado; en materia social conocerá de los procesos de impugnación de los convenios colectivos cuyo ámbito territorial sea superior al territorio de una comunidad autónoma o cuando la resolución surta efectos en el ámbito territorial superior al de la comunidad autónoma; en materia penal, se ocupa de los delitos de mayor gravedad y relevancia social, entre otros, terrorismo, crimen organizado, narcotráfico, delitos contra la Corona o delitos económicos que causen un grave perjuicio a la economía nacional.

A su vez, los Tribunales Superiores de Justicia, previstos en el artículo 152.1 de la Constitución española (CE 1978)⁵⁸, constituyen una instancia judicial que pertenece a la

⁵⁷ Véanse los artículos 64 al 69 de la LOPJ que enumeran las materias que serán conocidas de acuerdo con cada sala de la Audiencia Nacional.

⁵⁸ Se establece que: «En los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior, la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio; un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y

estructura general del Poder Judicial dentro de su competencia territorial. Es el órgano judicial máximo en el ámbito territorial de la comunidad autónoma, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo de acuerdo con el artículo 123.1 de la CE⁵⁹ y de las materias relacionadas con las garantías constitucionales que competen el Tribunal Constitucional.

Los referidos tribunales tienen la función de fijar la jurisprudencia en última instancia cuando aplican el derecho autonómico, pues el Tribunal Supremo no tiene competencia sobre dichas cuestiones. Además de la función de casación que ejercen en la aplicación del derecho autonómico, la LEC les atribuye el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal contra las sentencias dictadas por las audiencias provinciales.

En la escala piramidal, el Tribunal Supremo se sitúa en el punto jerárquico más elevado del Poder Judicial. El artículo 123.1 de la CE constitucionaliza su existencia y le atribuye competencia en todo el territorio español. La característica fundamental es la superioridad de todos sus órdenes, salvo en lo que concierne a la materia de garantías constitucionales, que reitera además el artículo 53 de la LOPJ, que señala que el Tribunal Supremo tendrá jurisdicción en toda España y es el «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (...)».

un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey, al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquélla. El Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno serán políticamente responsables ante la Asamblea. Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Todo ello de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del Poder Judicial y dentro de la unidad e independencia de éste. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia (sin destacar en el original)» (art. 152.1 CE).

⁵⁹ Se dispone que: «El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» (art. 123.1 CE).

2.1.2. La función actual de los tribunales: ¿una función nomofiláctica? ¿una función uniformizadora de la jurisprudencia? ¿una función paradigmática?

La llamada función nomofiláctica es aquella por medio de la que el recurso de casación o revisión tiene el papel principal de buscar la interpretación exacta, única y verdadera de la ley, a fin de garantizar la certidumbre y la estabilidad jurídica (Azzoni 2009, 23)⁶⁰ En los tiempos modernos, se habla de una nomofilaxis dialéctica o tendencial, es decir, se busca la unidad del derecho y no solo de la ley, mediante procesos de interpretación que asisten en la investigación de la solución del caso concreto de forma más racional. Se debe buscar, entre las distintas interpretaciones posibles, la mejor que resuelva el litigio, a través de un proceso dialéctico (Azzoni 2009, 23-24).

Por su parte, la función uniformizadora de la jurisprudencia consiste en evitar el caos en la jurisprudencia mediante el control de la ley y su interpretación, de forma que se garantice el respeto al principio de igualdad y, además, se proporcione la garantía de seguridad jurídica.

Por último, la función paradigmática, por la que las resoluciones dictadas por los más altos tribunales sirven como precedente y, en algunos casos, reafirma una orientación de la jurisprudencia a fin de brindar pautas para la libre convicción de los magistrados.

En este aspecto es importante observar la importancia de las funciones nomofiláctica y uniformizadora que ejerce el Tribunal Constitucional, en el ámbito de las garantías y los derechos constitucionales; del Tribunal Supremo, en el ámbito de la interpretación de las

⁶⁰ La autora explica que: «a idéia da nomofilaquia nasceu na França, onde durante a Revolução Francesa (1789/1799), com influência nas ideologias de Rousseau e Montesquieu e dos ideais do iluminismo, lutou-se pela onipotência da lei e pela igualdade dos cidadãos perante essa lei. A lei passou a ser o centro de todo o sistema, de modo que era necessária a criação de um mecanismo apto a protegê-la de eventuais arbítrios dos magistrados. Nessa medida, pela função nomofiláctica, na sua concepção mais pura, o juiz exerce uma atividade totalmente passiva, consistente na mera aplicação da lei, não lhe sendo outorgado nenhum poder de interpretá-la. A Corte de Cassação francesa foi criada como um órgão localizado fora do Poder Judiciário, com o escopo político de controlar os juízes, para que eles não pudessem ultrapassar a sua função de simples aplicadores da lei».

leyes infraconstitucionales; y de los Tribunales Superiores de Justicia, en el ámbito exclusivamente autonómico.

En este sentido, ¿deberían los jueces y magistrados de primera y segunda instancia respetar la autoridad y el prestigio de las resoluciones dictadas por los altos tribunales? ¿Este hecho contribuiría a la estabilidad del sistema, con observancia de la celeridad procesal y, sobre todo, ofreciendo a los ciudadanos un mínimo de previsibilidad e igualdad de trato?

Cumple señalar que estas funciones no bloquean las nuevas soluciones derivadas del análisis del juez sobre el caso concreto. No obstante, establecen las reglas del juego al imponer a quien se distancie del precedente o la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, así como del Tribunal Constitucional, la carga de argumentación en contrario a lo ya establecido. De otro modo, obliga a los referidos tribunales a analizar nuevamente, desde un punto de vista crítico, su propia doctrina para analizar la causa que justifica no seguir las resoluciones o la jurisprudencia y, en consecuencia, anular de forma motivada la resolución impugnada o cambiar su jurisprudencia o resolución sobre el tema.

2.1.3. El recurso de casación, el recurso por infracción procesal y el denominado recurso en «interés de la ley»

Los recursos procesales previstos en la LEC que son importantes para este trabajo son el recurso de casación, el recurso por infracción procesal y el impropiaamente denominado «recurso» en interés de la ley.

La finalidad principal del denominado «recurso» en interés de la ley es la unificación de la jurisprudencia sobre la infracción de la ley procesal. Lo conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo que buscará la pretendida unificación jurisprudencial. Están legitimados para interponerlo el Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo y determinadas personas jurídicas de derecho público. Su objetivo primordial es fijar la doctrina jurisprudencial sobre las cuestiones procesales objeto de juicio, por lo que el uso del término «recurso» es impropio (Armenta 2015, 279). Se regula en los artículos 490 al 493

de la LEC y se interpondrá siempre que las Salas de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia apliquen criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales. Sin embargo, no se podrá plantear contra sentencias que hayan sido objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁶¹.

Por otro lado, el recurso de casación y el recurso por infracción procesal cumplen las características propias de todo sistema de recursos, a saber, las razones de limitación relativas al órgano *ad quem* y las limitaciones derivadas de las resoluciones contra las que cabe su interposición. Buscan preservar la relación jurídica procesal. No obstante, responden, además, a distintas finalidades: por un lado, el recurso por infracción procesal⁶² busca controlar el respeto y las garantías procesales al señalar su correcta aplicación; por otro, el recurso de casación tiene por finalidad unificar la jurisprudencia en la aplicación del derecho.

En este punto, el recurso de casación también podrá interponerse frente a las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales⁶³ en los casos previstos en el artículo 477.2 de la LEC⁶⁴. Es importante destacar la necesidad de demostrar el interés

⁶¹ Así pues: «Resoluciones recurribles en interés de la ley. 1. Podrá interponerse recurso en interés de la ley, para la unidad de doctrina jurisprudencial, respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales. 2. No procederá el recurso en interés de la ley contra sentencias que hubiesen sido recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional» (art. 490 LEC, de 7 de enero).

⁶² Obsérvese que se podrá interponer el recurso por infracción procesal contra sentencias que terminen en la segunda instancia de las Audiencias Provinciales per las hipótesis previstas en el artículo 469 de la LEC y serán juzgados por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma a la que pertenece la Audiencia (art. 468 LEC, de 7 de enero).

⁶³ Se dispone que: «Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación (...)» (art. 466.1 LEC, de 7 de enero).

⁶⁴ Se establece que: «Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación. (...) 2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos: 1.º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución. 2.º Siempre que la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros. 3.º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado

de la casación cuando la cuantía del proceso no exceda los 600.000 euros o cuando el proceso haya sido tramitado en razón de la materia. Este interés se demuestra cuando la sentencia recurrida contraría la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o cuando resulte de aspectos y cuestiones derivadas de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, en cuyo caso el interés solo será considerado si no existe doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de similar o igual contenido. El interés casacional estará presente también en el recurso que conozca el Tribunal Superior de Justicia. En este caso habrá interés cuando la sentencia recurrida contrarie la doctrina jurisprudencial o no exista dicha jurisprudencia del Tribunal Superior sobre normas de derecho especial de la comunidad autónoma correspondiente, según lo dispuesto en el artículo 477.3 de la LEC⁶⁵.

Este recurso está sujeto a un presupuesto especial que es el interés casacional. En este sentido en la exposición de motivos de la LEC, en su título XIV, se observa el objetivo transcendental del referido recurso:

(...) De ahí que el interés casacional, es decir, el interés trascendente a las partes procesales que puede presentar la resolución de un recurso de casación, se objeive en esta Ley, no sólo mediante un parámetro de cuantía elevada, sino con la exigencia de que los asuntos sustanciados en razón de la materia aparezcan resueltos con infracción de la ley sustantiva, desde luego, pero, además, contra doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (o en su caso, de los Tribunales Superiores de Justicia) o sobre asuntos o cuestiones en los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Se considera, asimismo, que

por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional» (art. 477.2 LEC, de 7 de enero).

⁶⁵ Se estipula que: «Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente» (art. 477.3 LEC, 7 de enero).

concorre interés casacional cuando las normas cuya infracción se denuncie no lleven en vigor más tiempo del razonablemente previsible para que sobre su aplicación e interpretación haya podido formarse una autorizada doctrina jurisprudencial, con la excepción de que sí exista tal doctrina sobre normas anteriores de igual o similar contenido.

De este modo, se establece con razonable objetividad la necesidad del recurso. **Esta objetivación del «interés casacional», que aporta más seguridad jurídica a los justiciables y a sus abogados, parece preferible al método consistente en atribuir al propio tribunal casacional la elección de los asuntos merecedores de su atención, como desde algunas instancias se ha propugnado. Entre otras cosas, la objetivación elimina los riesgos de desconfianza y desacuerdo con las decisiones del tribunal** (sin destacar en el original).

Cabe señalar que, en la actualidad, el Tribunal Superior de Justicia aparece en la CE como órgano máximo en el ámbito territorial de las comunidades autónomas, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo. Ejerce la función de casación y, en consecuencia, de uniformización de la jurisprudencia con relación al derecho autonómico, respecto del que es el órgano supremo.

Según María José Falcón y Tella (2010, 84-85) la apertura del recurso extraordinario por infracción procesal a los Tribunales Superiores de Justicia se produjo tras superar su constitucionalidad con el argumento básico de que la posición constitucional del Tribunal Supremo estaba garantizada y era plenamente completa con su competencia para unificar las discrepancias existentes cuando existe contradicción entre las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia o de estos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Se estableció así una primera unificación de la jurisprudencia fijada en cada comunidad autónoma a través de los Tribunales Superiores de Justicia, con la posibilidad de que la materia fuera conocida por el Tribunal Supremo como forma de unificación y control de la cuestión suscitada, que culmina siempre que sea posible con la pretendida uniformidad final de la interpretación de la ley.

De este modo, en España, tanto el Tribunal Supremo como los Tribunales Superiores de Justicia son relevantes en la formación de la jurisprudencia y los precedentes.

La relevancia de la jurisprudencia del primero destaca porque conoce de los recursos antes referidos, así como por lo previsto en el artículo 1.6 del Código Civil (1889), en el que se establece que el ordenamiento jurídico se complementará con la jurisprudencia «que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». Se presenta un parámetro para definir el concepto de jurisprudencia al explicitar que esta es la doctrina reiterada del Tribunal Supremo al aplicar e interpretar la ley, la costumbre y los principios generales de derecho.

Con relación a los Tribunales Superiores de Justicia es a través, principalmente, del recurso de casación con relación al respeto al derecho autonómico, según lo previsto en el artículo 73.1(a) de la LOPJ⁶⁶, pero también con relación a los recursos de infracción procesal, aunque subsidiariamente, que reconoce la LEC.

2.1.4. El Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se presenta como un órgano que se ubica fuera del Poder Judicial y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional. Como intérprete de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales del Estado y está sometido solamente a la ley, la CE y la LOTC (Pelayo-García 1981).

En la actualidad, la CE de 1978 es una realidad viva que experimentan cotidianamente quienes ajustan a ella su realidad. Este hecho demuestra que la CE está siendo vivida empíricamente por muchos, en la medida en que disfrutan de la protección constitucional. Este hecho se confirma en el debate entre legos sobre temas importantes que se están resolviendo ante los tribunales, en el que, desde la persona más culta al más lego, aunque inconscientemente, debaten sobre la efectividad de la Constitución.

⁶⁶ Se dispone que: «1. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil: a) Del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la comunidad autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución» (art. 73 LOPJ, de 1 de julio).

Se observa que todos aquellos que viven la Constitución la interpretan, aunque inconscientemente en el día a día, lo que demuestra la existencia de una pluralidad de intérpretes constitucionales además de los intérpretes judiciales. Según Peter Häberle, la ampliación del círculo de intérpretes es solo la consecuencia de la necesidad (por todos defendida) de integrar la realidad en el proceso de interpretación, pues los intérpretes en sentido amplio componen esa realidad plural. El autor propugna la adopción de una hermenéutica constitucional adecuada a la sociedad plural, a la luz del papel fundante de la CE para la sociedad y el Estado (Häberle 2014, 9-13 y 30)⁶⁷.

Esto es así porque la CE es mucho más que una simple hoja de papel que contiene un texto prescriptivo que pretende regular los comportamientos humanos intersubjetivos. Es innegable su fuerza normativa, así como su capacidad para imprimir una voluntad constitucional en la sociedad.

Uno de los grandes cambios de paradigma que se produjeron en el siglo XX fue reconocer a la norma constitucional su naturaleza de norma jurídica. Se supera en este aspecto el modelo que regía en Europa que veía en la Constitución un documento esencialmente político en el que se invitaba a actuar a los poderes públicos. La concreción de las propuestas previstas en la Constitución estaba condicionada por la libertad de conformación del legislador o la discrecionalidad del administrador. En este sentido, no se reconocía al Poder Judicial ningún papel relevante en la realización del contenido de la Constitución (Barroso 2005, 238-240).

Si bien, tras la Segunda Guerra Mundial, sobrevino una nueva visión constitucional, primero en Alemania (Hesse 1992)⁶⁸ y, después, en Italia y España, respectivamente. A partir de ahí tiene lugar el proceso de reconocimiento de las normas constitucionales

⁶⁷ En este sentido, la interpretación constitucional ha sido, hasta ahora, conscientemente, cosa de una sociedad cerrada. En ella participan sólo los intérpretes jurídicos «vinculados a las corporaciones» y aquellos participantes formales del proceso constitucional. La interpretación constitucional es, en realidad, un elemento más de la sociedad abierta. Todas las potencias públicas, participantes materiales del proceso social, están implicadas en ella, siendo ella, a la vez, elemento resultante de la sociedad abierta y un elemento formador o constituyente de esa sociedad. Los criterios de interpretación constitucional han de ser tanto más abiertos cuanto más pluralista sea la sociedad.

⁶⁸ El texto, en el original alemán, correspondiente a su clase inaugural en la cátedra de la Universidad de Freiburg, es de 1959.

dotadas de imperatividad, ya que esta característica afecta a las normas jurídicas y, en caso de inobservancia, el surgimiento de mecanismos propios de coacción, de cumplimiento forzoso.

El eminente magistrado del *Supremo Tribunal Federal* de Brasil Luiz Roberto Barroso recurre a la idea de constitucionalización del derecho asociada a un efecto expansivo de las normas constitucionales, donde su contenido material y axiológico se irradia, con fuerza normativa, por todo el sistema jurídico (Barroso 2005, 248-249)⁶⁹.

En este sentido, el Tribunal Constitucional español desempeñó un papel importante para afirmar la eficacia normativa de la CE en todos sus aspectos, pero principalmente en el ámbito de los derechos fundamentales (Tremps 1985, 11-12).

El tribunal influyó en la actuación decisiva de los jueces y tribunales ordinarios al afirmar el contenido normativo del artículo 9.1 de la CE donde los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la CE y al ordenamiento jurídico. Estas directrices se fueron incorporando a las sentencias como una nueva concepción de la CE con los principios y valores en ella incluidos (Aragón Reyes 2003, 54-55)⁷⁰.

De este modo, por un lado, el recurso de amparo cumplió un papel indirecto de fortalecimiento de la referida eficacia normativa en los casos en los que se vulneraban los derechos fundamentales y, por otro, hizo surgir algunos conflictos entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en particular, con el Tribunal Supremo, como se analizará más adelante.

Junto con el recurso de amparo surgió el estudio del alcance de la obtención de la tutela judicial efectiva en el ámbito de los tribunales.

⁶⁹ En cuanto al Poder Judicial brasileño, esa idea sirve como parámetro para el control de la constitucionalidad desempeñado por este (incidental o por acción directa), así como condiciona la interpretación de todas las normas del sistema. Barroso también aborda el proceso de constitucionalización en diversos países, destacando que dicho concepto no se muestra presente en el caso del Reino Unido donde no existe una Constitución escrita y rígida. No existe en este sistema el control de constitucionalidad a pesar de poseer una legislación histórica que se presenta más rígida que otras constituciones escritas esparcidas por el mundo, o de incorporar a través de la Human Rights Act en 1988 la Convención Europea de Derechos Humanos al derecho interno.

⁷⁰ Destaca este autor el papel indirecto del recurso de amparo en el fortalecimiento de la eficacia normativa constitucional cuando por un lado se violan los derechos fundamentales.

En efecto, la protección de la tutela efectiva se prevé de forma dogmática en el artículo 24.1⁷¹ de la CE. No obstante, su contenido no resulta claro en su estructura interna. El constituyente no delimita de forma clara la relación entre sus diferentes elementos, lo que nos lleva a buscar su alcance en las resoluciones del Tribunal Constitucional y en el ordenamiento jurídico.

La exposición de motivos de la LEC aclara que el artículo 24.1 de la CE coincide con el deseo y la necesidad de una justicia civil nueva caracterizada principalmente por la efectividad, que según el preámbulo se corresponde con la necesidad de obtener una respuesta judicial célere y próxima a la realidad de los hechos⁷². La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante LECrim, en el artículo 142 exige que las sentencias contengan los «fundamentos doctrinales y legales referidos a la calificación de los hechos, la participación de los procesados en ellos, circunstancias atenuantes (...)» (art. 142 LECrim, de 14 de septiembre).

El Tribunal Constitucional al analizar la cuestión condujo la interpretación del artículo 24.1 en concordancia con el artículo 120.3, ambos de la CE, donde se establece que «las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública». De acuerdo con el Tribunal Constitucional el derecho a la tutela efectiva está asociado a la prestación de una actividad judicial eficaz estrechamente vinculada a la motivación de la sentencia. Considera el derecho a la tutela judicial como el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho. No obstante, como señala Luis Díez-Picazo, el Tribunal Constitucional empezó a examinar la motivación de las sentencias judiciales por considerar la tutela

⁷¹ Así pues: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (...)» (art. 24.1 CE).

⁷² La Exposición de Motivos de la LEC declara que: «El derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución, coincide con el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad. Justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales. Pero tiene que significar, a la vez, una respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela, y con mayor capacidad de transformación real de las cosas. Significa, por tanto, un conjunto de instrumentos encaminados a lograr un acortamiento del tiempo necesario para una definitiva determinación de lo jurídico en los casos concretos, es decir, sentencias menos alejadas del comienzo del proceso, medidas cautelares más asequibles y eficaces, ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos (...).»

judicial efectiva como parte del derecho fundamental (Díez-Picazo, 1997)⁷³. De este modo, surgieron el control y la reforma de la legalidad ordinaria sin que exista en todos los casos un nexo claro entre la intervención del Tribunal Constitucional y el contenido del derecho fundamental invocado para interferir en las resoluciones del Tribunal Supremo.

En consecuencia, surgieron conflictos entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en particular el Tribunal Supremo, puesto que no existe una barrera nítida entre la constitucionalidad y la legalidad de las leyes ordinarias, teniendo en vista que estas se mostraron influenciadas, afectadas o incluso delimitadas por normas constitucionales que no pueden olvidarse en el proceso de aplicación e interpretación de la ley. A veces es necesario que actúen ambos tribunales, uno como intérprete legal de la ley y el otro como intérprete constitucional de la ley (Matia Portilla 2016, 19)⁷⁴.

⁷³ Díez-Picazo argumenta que: «(...) el problema surgió a partir del día en que el Tribunal consideró que como parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva podía examinar la fundamentación de las sentencias judiciales. En primer momento, la introducción del Tribunal en la fiscalización de la fundamentación jurídica de las decisiones se produjo exigiendo sencillamente que no resultara arbitraria o falta de racionalidad. Sin embargo, posteriormente, como ha señalado Andrés de la Oliva, la fiscalización parece moverse alrededor de otros polos, que son, en concreto, si la motivación existe, se la motivación es suficiente y, finalmente, si la motivación es correcta (...)».

⁷⁴ Matia Portilla señala que: «(...) el respeto institucional que el Tribunal Constitucional merece como órgano constitucional no es incompatible con la necesaria crítica que puedan merecer sus resoluciones. Sin embargo, dichas discrepancias suelen mostrarse, con naturalidad y de forma constructiva, en la actuación ordinaria de los Tribunales (...)». Un ejemplo clásico (y muy criticado por la doctrina) citado por el referido autor fue la actuación de los dos Tribunales dada la tensión formal establecida en la manifestación de la Sala 1ª del Tribunal Supremo al conocer la decisión STC 7/1994 del 17 de enero sobre la negativa del demandado civil de realizarse la prueba de paternidad. La referida manifestación consistió en pedir al Jefe de Estado su mediación para evitar que el Tribunal Constitucional invadiera su competencia a pesar de tratarse de una materia de naturaleza eminentemente jurídica y por tal motivo destinada a ser tratada en el ámbito del propio Poder Judicial.

2.1.5. El control de la constitucionalidad y el recurso de amparo

El Tribunal Constitucional español es competente para declarar la inconstitucionalidad de las normas, las sentencias «que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos» según lo dispuesto en el artículo 164 de la CE.

Cumple observar que la posibilidad de cuestionar la no aplicación de la ley emanada del legislador que constituya violación de la CE también se abrió a los jueces y al tribunal al analizar su aplicación al caso concreto de forma que se concilie la doble obligación de respeto a la ley y la CE a la que están sometidos, según el artículo 163 de la CE⁷⁵.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español es el único que puede declarar la inconstitucionalidad de la norma con fuerza de ley, como forma de garantizar la efectividad del principio de seguridad jurídica, y es el intérprete supremo de la Carta Magna en última instancia, de modo que su interpretación vincula a todos los poderes constituidos y a los ciudadanos. En este sentido el artículo 9.1 de la CE establece que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», y además el artículo 1.1 de la LOTC señala que, como intérprete supremo de la CE, el Tribunal Constitucional «es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica».

Las resoluciones que determinan la inconstitucionalidad de las normas son obligatorias y con efectos erga omnes. Si bien, de lo establecido en el artículo 5.1 de la LOPJ se desprende que las resoluciones del Tribunal Constitucional deben observarse no solo en las acciones que declaren la inconstitucionalidad de la norma, sino también en las

⁷⁵ Se dispone que: «cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley» (art. 163 CE).

interpretaciones que realicen los referidos tribunales en cualquier proceso (Matia Portilla 2016, 22)⁷⁶. Señala el artículo 5.1 de la ley:

La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, **conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos** (sin destacar en el original).

Victoria Iturralde señala que además de los efectos directos de las resoluciones constitucionales, todas las sentencias constitucionales deben observarse de forma obligatoria, pues todos los tribunales españoles están vinculados a la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional de cualquier acto (Iturralde 1998).

Además, se construye un movimiento dirigido a establecer el concepto de doctrina constitucional que adopta la LOTC, principalmente en dos artículos. El primero es el artículo 13, en el que se establece que cuando «una sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno». Es decir, la cuestión constitucional se

⁷⁶ Este autor señala que algunos magistrados del Tribunal Supremo sostienen que ciertos artículos de la LOTC, tal como el artículo 38, permiten separar los efectos de las resoluciones editadas en el proceso de control de constitucionalidad de las editadas en el recurso de amparo. Argumentan que las sentencias dictadas en el proceso de control de constitucionalidad tendrán valor de cosa juzgada y vincularán a todos los poderes públicos y la jurisprudencia de los tribunales inferiores serán adaptadas a la doctrina derivada de las sentencias y de los autos que resulten en los procesos constitucionales. Por otra parte, alegan que el recurso de amparo tendrá como uno de los requisitos la necesidad de la emisión del juicio por el Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional y que el recurso será apreciado en virtud de su importancia para la interpretación de la CE, así como para la aplicación y eficacia del contenido y alcance de los derechos fundamentales, conforme a lo previsto en el artículo 50 de dicha ley. En el caso de que las recaídas en el recurso de amparo, a pesar de poseer gran valor doctrinal y jurisprudencial, sólo vincularía al órgano jurisdiccional que conoció la causa planteada en el recurso de casación de amparo. Aunque el artículo 5.1 de la LOPJ amplía la vinculación del Tribunal Constitucional en el sentido de que primero abarca resoluciones y no únicamente las sentencias, en segundo lugar cubren todos los tipos de proceso y no sólo los relacionados con la constitucionalidad de normas con fuerza de ley y, por último, que no cubre únicamente la parte dispositiva de sus resoluciones, sino también sus fundamentos. Sin embargo, entienden que dicha extensión no es compatible con el artículo 117.1 de la CE donde los órganos judiciales se someten al imperio de la ley, cuyo intérprete máximo es el Tribunal Supremo de acuerdo con el artículo 123.1 de la CE.

someterá a la decisión del Pleno del referido tribunal siempre que una de las salas considere necesario apartarse de una doctrina constitucional precedente basada en el tribunal. El segundo es el artículo 99.1 b), que prevé que «la recopilación, clasificación y publicación de la doctrina constitucional del Tribunal» estará a cargo del secretario general bajo las instrucciones y órdenes del presidente del tribunal.

En la misma directriz, se utilizó el recurso de amparo con la finalidad inicial de dar efectiva vigencia a la CE cuando los órganos judiciales ordinarios no tenían plenas condiciones para tutelar los derechos fundamentales en virtud de la cultura jurídica anterior, donde solían juzgar por razones de estrecha legalidad y no de constitucionalidad.

Con el paso del tiempo, los tribunales inferiores que ejercen una efectiva tutela de esos derechos asumieron plenamente la doctrina constitucional del Tribunal Constitucional.

El recurso de amparo previsto en la CE⁷⁷ y en la LOTC⁷⁸ busca proteger los derechos y las libertades reconocidos en los artículos 14 a 21 de la CE, por tanto cabe el amparo constitucional en caso de violación de derechos y libertades derivados de actos u omisiones de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como sus funcionarios y agentes.

Es el principal mecanismo a disposición de los particulares para proteger sus derechos fundamentales y según el propio Tribunal Constitucional, en la STC 284/2000 del 27 de noviembre, el artículo 53.2 de la CE⁷⁹ atribuye la tutela efectiva de los derechos fundamentales en primer lugar a los tribunales ordinarios:

⁷⁷ El artículo 161.1.b de la CE otorga al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos de amparo que versen sobre «la reparación de los derechos fundamentales lesionados por actuaciones procedentes de los poderes públicos».

⁷⁸ Los artículos 41 al 58 de la LOTC.

⁷⁹ Se dispone que: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30» (art. 53.2 CE).

(...) el artículo 53.2 CE atribuye la tutela de los derechos fundamentales primariamente a los Tribunales ordinarios (...), por lo que la articulación de la jurisdicción constitucional con la ordinaria ha de preservar el ámbito que al Poder Judicial reserva la Constitución (...) El respeto a la precedencia temporal de la tutela de los Tribunales ordinarios exige que se apuren las posibilidades que los cauces procesales ofrecen en la vía judicial para la reparación del derecho fundamental que se estima lesionado (...) esta exigencia, lejos de constituir una formalidad vacía, supone un elemento esencial para respetar la subsidiariedad del recurso de amparo y, en última instancia, para garantizar la correcta articulación entre este Tribunal y los órganos integrantes del Poder Judicial, a quienes primeramente corresponde la reparación de las posibles lesiones de derechos invocadas por los ciudadanos, de modo que la jurisdicción constitucional sólo puede intervenir una vez que, intentada dicha reparación, la misma no se ha producido (por todas, STC 284/2000, de 27 de noviembre).

En la actualidad, el recurso de amparo sigue protegiendo estos derechos cuando no los protegen los jueces y tribunales, pueden proponerlo todas las personas físicas y jurídicas, lo que corrobora la efectivización de la legitimación del Tribunal Constitucional y la propia Constitución. Mediante el referido recurso, en el ordenamiento español, es posible concretar los derechos fundamentales y unificar la doctrina constitucional al respecto.

En este contexto, el Tribunal Constitucional ostenta la función de supremo intérprete de los derechos fundamentales principalmente en virtud del ya exhaustivamente mencionado artículo 123.1 CE. Puede observarse que la función de intérprete de la CE no se ejerce plenamente solo mediante los procesos de inconstitucionalidad de la ley, sino también mediante el recurso de amparo que garantiza de manera completa que el Tribunal Constitucional aparezca como intérprete supremo de la CE y, en consecuencia, como intérprete supremo de los derechos fundamentales tutelados mediante esta vía de recurso.

Aquí caben tres observaciones. La primera es que el Tribunal Supremo no podría realizar esta función porque no es el intérprete supremo de la CE. La segunda, que la unidad de interpretación de la CE se pondría en riesgo en caso de que no hubiera un único intérprete supremo. Y, por último, se debe observar que esa interpretación suprema hecha a través del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad no es suficiente para formar una jurisprudencia constitucional que se consolide mediante el recurso de amparo.

Los datos estadísticos demuestran que al registro general del Tribunal Constitucional llegaron en 2015 (Tribunal Constitucional, 2016) un total de 7369 demandas de justicia constitucional, de las que 7203 se promovieron mediante recurso de amparo y la inmensa mayoría fueron interpuestas por particulares a través de un total de 7104 demandas, lo que refleja su importancia como el último tribunal nacional.

Otros puntos destacados del referido informe, importantes para el presente estudio, son el origen de los órganos contra cuyas decisiones se interpusieron los referidos recursos, así como el motivo de su interposición.

Algo más de la cuarta parte de los recursos de amparo se interpusieron después de que el Tribunal Supremo hubiera dictado una sentencia o auto. Los demás recursos de amparo procedieron de litigios y causas resueltos por otros órganos jurisdiccionales, entre los que numéricamente destacan las Audiencias Provinciales, los Tribunales Superiores de Justicia y los Juzgados unipersonales de los distintos órdenes jurisdiccionales. Se promovieron tres recursos de amparo frente a resoluciones del Tribunal Militar Central y otros tantos en relación con resoluciones de los Tribunales Militares Territoriales.

En 5416 de los recursos se solicitaba el amparo para una o varias de las garantías procesales proclamadas en el artículo 24 CE. En el trámite de admisión de recursos, destaca el predominio del motivo relativo a la ausencia de doctrina constitucional, el incumplimiento general y reiterado de la doctrina constitucional o la existencia de resoluciones judiciales contradictorias, la aclaración o cambio de doctrina constitucional resultante de cambios normativos sobrevenidos. En el trámite de inadmisión, los datos muestran el predominio de la causa de inadmisión relativa a la inexistencia de vulneración del derecho fundamental invocado, seguida a gran distancia por las atinentes a la falta de justificación o la insuficiente justificación de la especial transcendencia constitucional de la demanda y la falta de agotamiento de todos los recursos en la vía judicial previa (Tribunal Constitucional, 2016).

Se esboza el carácter subsidiario del recurso de amparo, su intenso vínculo con la fundamentación de la tutela efectiva prevista en el artículo 24 CE que establece que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos», así como la formación de una doctrina constitucional.

El Tribunal Constitucional se presenta como intérprete supremo de la Constitución, dándole fuerza normativa, tanto a través de la declaración de inconstitucionalidad de la ley como mediante el recurso de amparo, de acuerdo con sus funciones objetivas de interpretación y unificación de la doctrina de la jurisprudencia constitucional.

Y dentro de este importante papel, se observa la preocupación del Tribunal Constitucional por hacer efectivo su papel como intérprete supremo de la CE en varios aspectos, en especial, por medio de la utilización de algunas instituciones propias de la tradición del *common law*, como el reconocimiento de la aplicación del mecanismo del *distinguishing*, así como de la necesidad de motivar la *ratio decidendi*.

En relación con la existencia de fundamentación en Derecho y motivación de las resoluciones judiciales, la STC 101/2015⁸⁰ del 25 de mayo, otorgó el amparo con respecto a la sentencia dictada en un proceso de liquidación de una sociedad conyugal que, sin ofrecer motivación suficiente, había establecido una presunción de ganancialidad de una finca controvertida entre las partes. Se constató la existencia de una insuficiencia en la motivación de la resolución judicial impugnada, pues no permitía identificar los criterios esenciales sobre los que se fundó la calificación como ganancial del bien litigioso.

En la STC 99/2015 del 25 de mayo se desestimó el recurso de amparo planteado frente a la desestimación de un recurso contencioso-administrativo sobre promoción interna de funcionarios de la Junta de Andalucía, que había sido resuelta sobre la base de una interpretación de la normativa de la Unión Europea distinta de la sostenida por el Tribunal de Justicia, sin plantear cuestión prejudicial. La sentencia declaró que el órgano judicial había razonado suficientemente los criterios jurídicos que le llevaron a separarse, de forma justificada, de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea e, implícitamente, a no plantear la cuestión prejudicial.

⁸⁰ El resumen del fallo establece: «1º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). 2º Restablecerle en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de la Sentencia de 31 de marzo de 2014 dictada por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, recaída en recurso de apelación núm. 813-2013, así como de la providencia de 12 de mayo de 2014 que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones formulado por el demandante de amparo. 3º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la primera de las citadas resoluciones en relación al pronunciamiento anulado para que el órgano judicial dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado» (STC 101/2015, 25 de mayo).

Debe reconocerse al Tribunal Constitucional como intérprete último de la CE y no solo en lo que respecta a las garantías y derechos fundamentales, aunque deben establecerse límites en el reconocimiento de su papel constitucional.

2.1.6. La sumisión del juez a la ley y la independencia judicial

En el ámbito español y desde el punto de vista jurídico-constitucional, el artículo 117.1 CE declara que son los «jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley». Es decir, la CE afirma expresamente que los jueces y tribunales están sometidos «únicamente» a la ley.

El artículo 1 de la LOPJ lo corrobora al señalar que los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial están sometidos a la CE y al imperio de la ley⁸¹. Además, prevé que «no podrán los jueces y tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan» (art. 12.2 LOPJ, de 1 de julio).

Según Luis Díez-Picazo, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, esto contrasta con lo previsto en el 103.1 CE⁸², el cual señala que la administración pública está vinculada a la ley y al derecho. Argumenta que la falta de armonía, en lo que se refiere a la vinculación de los jueces únicamente al imperio de la ley mientras que la Administración lo está a la ley y el derecho, deriva de una comprensión imperfecta de las normas de la Ley Fundamental de Bonn (Barroso, 2005)⁸³, donde encuentran su origen. Según el autor:

⁸¹ Obsérvese que: «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley» (art. 1 LOPJ, 1 de julio).

⁸² Se dispone que: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» (art. 103.1 CE).

⁸³ La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (en alemán: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) es la Constitución alemana. La palabra alemana *Grundgesetz* puede ser

En la Ley Fundamental de Bonn, la vinculación (*binding*) se expresa respecto del poder ejecutivo y del Poder Judicial en forma parecida y, en uno y otro caso, se hace tanto a la ley como al Derecho. La vinculación parece que se entiende como la relación de sujeción en lo que se refiere a las operaciones o actos que los integrantes de uno y otro poder deben realizar. En cambio, en la citada Ley Fundamental respecto del estatuto de los jueces y magistrados, sin contener norma alguna relativa a su vinculación en los actos que en el ejercicio del poder jurisdiccional deban realizar. Respecto de éstos, no existe ninguna razón para que aquélla se produzca sólo en relación con la ley y debe producirse genéricamente en relación con el Derecho o con el conjunto de normas admitidas por el ordenamiento que no se encuentren recibidas en normas legales (Díez-Picaso 1997, 213).

Pese a la falta de armonía antes señalada, en el sistema español suele argumentarse que los jueces están tan solo sometidos a la ley, concepto en el que no se incluye la jurisprudencia. Además, se añade el hecho de que el artículo 1.1 del Código Civil español enumera como fuentes del derecho «la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». La jurisprudencia tan solo complementa el ordenamiento jurídico junto con la doctrina, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1.6 del referido Código⁸⁴, por lo que sirve para dar sentido a las situaciones complejas que genera la norma.

traducida como *Ley Básica* o *Ley Fundamental*. El término *Verfassung* (constitución) no fue usado, pues los creadores veían el *Grundgesetz* como un documento provisorio, que sería sustituido por la Constitución después de la recuperación de la unidad alemana, que solo ocurrió después del final de la Guerra Fría con la firma del Tratado de Unificación que reguló la adhesión de la República Democrática Alemana (RDA) a la República Federal de Alemania (RFA). Se trata de la principal referencia con respecto al desenvolvimiento constitucional de 1949 y, especialmente, la creación del Tribunal Constitucional Federal, instalado en 1951. A partir de este punto hubo una fecunda producción teórica y científica del derecho constitucional en el ámbito de los países de tradición romano-germánica. La otra referencia que cabe destacar es la Constitución de Italia, de 1947, y la subsiguiente instalación de la Corte Constitucional, en 1956. A lo largo de la década de 1970, la redemocratización de Portugal (1976) y de España (1978) agregaron valor y volumen al debate sobre el nuevo derecho constitucional.

⁸⁴ Obsérvese que: «1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. 3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre. 4. Los principios generales del derecho se aplicarán en

En otro sentido, una de las objeciones más importantes a la vinculación del juez a las decisiones judiciales se refiere a la independencia judicial. De este modo, se puede distinguir un perfil «externo» y otro «interno» de la independencia de la magistratura, es decir, la independencia tiene al menos dos sentidos. El concepto «externo» se refiere a la posibilidad de que los jueces desempeñen sus funciones sin condicionamientos o presiones de otros poderes, políticos o económicos. En contrapartida, también hay un concepto «interno» de esta independencia, que nos interesa en este momento, que se refiere a la relación entre el magistrado individualmente considerado y sus superiores jerárquicos, es decir, la posibilidad de que el juez decida libremente, sin sujetarse al poder de control de los jueces de rango superior (Facchini Neto 2009, 125; Ferejohn 1999, 355).

En este sentido, los jueces deben ser agentes morales autónomos invocados para desarrollar sus funciones de forma independiente de consideraciones ideológicas o de otro tipo. Los jueces no deben interpretar e integrar el derecho de acuerdo con el criterio fijado por tribunales superiores a ellos en la organización judicial. Obsérvese que no se cuestiona la independencia judicial por el hecho de que las resoluciones sean recurribles ante los tribunales superiores, cuyo criterio prevalece, vía recurso, al de las instancias inferiores que dictaron la resolución recurrida. Es importante señalar que no se vulnera la independencia funcional cuando el tribunal superior obliga a una instancia inferior a dictar una nueva sentencia en un caso concreto que fue objeto de recurso y sí cuando dicha obligación tenga un carácter más general.

Se añade al hecho de que si la jurisprudencia tuviera fuerza vinculante se debería concluir que el juez que se aleje de ella de forma consciente, por imprudencia grave o ignorancia inexcusable, estaría cometiendo prevaricación, delito previsto en los artículos 446 y 447

defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. 5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el “Boletín Oficial del Estado”. 6. **La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.** 7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido» (sin destacar en el original) (art. 1 CC).

del Código Penal⁸⁵, pues estaría dictando una sentencia injusta (Comella y Xiol Ríos 2009, 63)⁸⁶.

En este punto, se hace necesario observar la familia del *common law*, en primer lugar, porque en esta cultura no se considera que el juez pierda su independencia por el hecho de seguir obligatoriamente los precedentes establecidos por los tribunales de rango superior. Además, cumple señalar que la independencia judicial nació en Inglaterra y que conforme el *stare decisis* el precedente es vinculante. Las restricciones impuestas en este sistema sobre la vinculación del precedente parecen haber afectado poco a la independencia funcional (Gillespie 2015, 253-254).

Ello porque la concepción de independencia judicial consistente en la libre convicción para seguir su propia conciencia dentro de lo previsto en ley amenaza, en la teoría del *stare decisis*, a un conjunto de intereses que son, en último término, más importantes. Los principales son la estructura jerárquica en los diferentes niveles del Poder Judicial y el criterio de que la independencia judicial no puede ignorar la teoría del *stare decisis* ya que, con ello, podría causar una confusión e, incluso, el fin de la certidumbre de los sistemas jurídicos de la familia del *common law*.

⁸⁵ Así pues: «El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 1. Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito grave o menos grave y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años. 2. Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por delito leve. 3. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas» (art. 446 CP). A su vez, también se dispone que: «El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años» (art. 447 CP).

⁸⁶ Los referidos autores señalan que: «en principio, no se considera que la infracción de jurisprudencia signifique automáticamente que la resolución judicial es injusta a efectos delito de prevaricación, lo cierto es que, en la práctica, a la hora de valorar si una determinada interpretación es prevaricadora, el tribunal que conoce del caso suele tener en cuenta, como factor relevante, si el juez se apartó o no de las pautas interpretativas sólidas asentadas por el Tribunal Supremo».

En este sentido Peter Russel, al abordar las dimensiones de la independencia judicial en su ámbito interno, esto es, la influencia y el control de las resoluciones dentro del propio Poder Judicial, señala que no todas violan la independencia judicial. Cita que no hay violación de la referida independencia cuando la resolución del tribunal superior influye en el tribunal inferior (Russell 2001, 11-13)⁸⁷.

De este modo, se observan distintos enfoques sobre el tema de la independencia judicial y la resolución judicial según el contexto de las familias jurídicas.

2.1.7. Igualdad y seguridad

El derecho, que es producido por los humanos para atender a una exigencia básica de convivencia social, tiene su razón de ser en la necesidad de imponer la resolución de conflictos de intereses que se configuran en las relaciones sociales. En verdad, los humanos no necesitan del derecho para objetivar su libertad, pero sí dependen del derecho para hacer viable la libertad en la convivencia. En consecuencia, la seguridad como valor es indisociable del derecho.

Es más, la seguridad jurídica, según el punto de vista de la estabilidad y la continuidad del orden jurídico y la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta, es indispensable para la conformación de un Estado que pretenda ser un “Estado de Derecho”. La obtención de la seguridad, entonces, es un fin tan esencial para cualquier Estado que, sean cuales fueran sus objetivos y finalidades contingentes, estos siempre expresarán, en alguna medida, una necesidad de seguridad.

En efecto, debido al cuadro normativo propuesto por el orden jurídico, los individuos pasan a orientarse, sabiendo de antemano las consecuencias imputables a sus actos. En

⁸⁷ Este autor argumenta que: «... the internal dimension, however, refers to sources of influence and control within the judiciary itself. From the internal perspective, it is only the individual judge, not the judiciary in a collective or institutional sense, whose independence is at stake. Of course, not all influences of judges on one another are to be regarded as violating judicial independence. For example, the influence of the decisions of higher courts on lower court judges is surely not to be regarded as a violation of judicial independent».

este sentido, resulta saludable que el derecho intente una cierta estabilidad y un mínimo de certeza al regir la vida social. Esta «seguridad jurídica» se debe asentar sobre algo reconocido y también estable, o relativamente estable, permitiendo de esta manera vislumbrar, con alguna previsibilidad, el futuro.

Por lo tanto, el valor de la seguridad, dotado de una fuerza expresiva en el Estado de Derecho, conlleva una idea básica de previsibilidad y estabilidad de la actuación jurídica del Estado, donde los individuos tienen la posibilidad objetiva de conocimiento de los derechos subjetivos que poseen y de los deberes jurídicos a los cuales están obligados por el derecho.

La seguridad jurídica, aunque no esté positivada, podría ser deducida de la cláusula del Estado Social y Democrático del Derecho, como así también a través de los diversos dispositivos como el principio de legalidad, la inviolabilidad del derecho adquirido, la cosa juzgada y el acto jurídico perfecto, entre tantos otros.

Partimos de la premisa de que la CE presupone la acción uniforme por parte del Estado de forma que inspira la seguridad jurídica. En este sentido, la legislación procesal debería señalar a la seguridad jurídica como objetivo de interpretación de la legislación común, de manera de incentivar así la uniformización de la jurisprudencia y también la unidad del ordenamiento jurídico.

El derecho, al buscar implementar la seguridad jurídica, se debe valer de una serie de mecanismos jurídicos tendientes a su obtención en sus más variados aspectos, tales como la estabilidad de las relaciones jurídicas, la previsibilidad de las consecuencias imputadas por las normas jurídicas a los comportamientos y la garantía procedimental para la preservación de esa seguridad.

Cabe destacar que la seguridad jurídica incide en la estructura y en la dinámica del funcionamiento del Derecho como una justicia procedimental, en cuanto a que la igualdad forma parte de la justicia material. Es un principio que se refiere a los órganos que crean las normas y los procedimientos y la dinámica de la interpretación y la aplicación del ordenamiento jurídico (Peces-Barba 1990, 14).

Andrés de La Oliva Santos señala que los principios generales del derecho, en especial los constituidos por postulados elementales de justicia, son fuente de derecho procesal y del derecho objetivo en general, en una categoría más elevada que el derecho positivo.

Sostiene que el artículo 1 CC en su 4^{to} inciso demuestra que la jerarquización de los principios generales debajo de la ley y de la norma positiva es solamente aparente. El referido artículo estipula que los principios generales del derecho serán aplicados en ausencia de la ley o de la costumbre: «sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico»; es en este contexto que los principios deben siempre informar. El referido autor pone en claro que:

Pese a varias afirmaciones contrarias del TC (por ej., En las SSTC de 28 de julio de 1981 y 1 de abril de 1982), que han de considerarse *obiter dicta* los principios generales del Derecho, bien sea en el ámbito procesal, bien en cualquier otro, no desaparecen en cuanto tales por el hecho de estar recogidos expresamente en la Constitución. Este hecho provocará una protección especial de su eficacia, un reforzamiento de su virtualidad (incluso a causa de engendrar, a veces, un derecho fundamental, como el derecho a la presunción de inocencia), **pero resultaría incongruente entender que, en vista de que la Ley Fundamental consagra el principio —justamente por su patencia y por el consenso social sobre su fuerza jurídica—, el principio general deja de existir, se esfuma.** Y la incongruencia no se elimina ni mitiga porque al principio se le considere sustituido, y ventajosamente, por un precepto constitucional o un derecho fundamental (Oliva Santos, Díez-Picazo y Vegas Torres 2016, 335-336) (sin destacar en el original).

El principio de la seguridad jurídica, dotado de eficacia normativa, vincula los tribunales y los jueces de primera instancia a través de la interpretación de las normas. Reviste un contenido material de exigencia de previsibilidad y certeza por parte de los ciudadanos en lo que respecta a los efectos jurídicos de sus actos, lo que genera una expectativa que es la más precisa posible de sus derechos y deberes: la seguridad objetiva.

Las posibilidades de una previsión objetiva—la seguridad objetiva—pueden resumirse en dos manifestaciones. En primer lugar, la llamada seguridad de orientación o la corrección estructural del ordenamiento (Pérez Luño 1992, 106) determinada con la previsibilidad que consiste en las reglas de comportamiento que afectan la definición de las hipótesis normativas y, efectivamente, la descripción legal, tanto de los presupuestos de hecho como de las consecuencias jurídicas. Es la garantía de la disposición y la formulación regular de las normas e instituciones integradoras de un sistema jurídico.

En otros términos, la seguridad de orientación es la previsibilidad con respecto a las reglas de conducta, lo que significa que los ciudadanos deben tener conocimiento de los posibles efectos jurídicos de sus posibles conductas, es decir, cuál es la relevancia jurídica de cada acto o hecho acontecido o realizado.

En segundo lugar, y dependiente de la primera (la seguridad de orientación, de regla, normativa o corrección estructural del ordenamiento), está la seguridad en el sentido funcional (Pérez Luño 1992, 286). Es la seguridad de que las normas jurídicas, formuladas hipotéticamente en un lenguaje prescriptivo, vayan a ser aplicadas en la valoración jurídica de cada caso concreto con un respeto integral hacia el sentido y el alcance de la formulación hipotética y sin que se altere el criterio de concretización en las sucesivas aplicaciones en casos similares. Es una seguridad de que la orientación firmada por los tribunales superiores será aplicada en cada situación sin que haya variación de criterios al momento de resolver presupuestos similares, es decir, se trata de una exigencia de seguridad destinada directamente a quienes aplican el derecho, o en otras palabras, al Tribunal.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta (2002, 55-56) constata que: «la seguridad de orientación se refiere al aspecto estático del fenómeno jurídico, mientras que la seguridad de realización comprende el momento dinámico». Es precisamente por eso que los mecanismos de uniformización de la jurisprudencia tienen una gran relevancia en la efectivización de la seguridad de realización, ya que los referidos mecanismos conceden seguridad al proceso de aplicación del derecho positivo.

Por último, la seguridad jurídica se traduce en un sentido más amplio como una confianza legítima y/o una perspectiva razonablemente fundada (previsibilidad) de los administrados acerca de cuál será el fin de su demanda judicial.

En suma, los ciudadanos precisan tener la seguridad de que el Estado y los terceros se comportarán de acuerdo con el derecho y de que los órganos a quienes les incumba la aplicación del derecho lo harán valer cuando no sea respetado. Por su parte, la seguridad jurídica también resulta de importancia para que los ciudadanos puedan definir su propio comportamiento y sus acciones.

Por otro lado, el principio de isonomía tiene un acento constitucional previsto en el artículo 14 CE, que dispone que: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda

prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier condición o circunstancia personal o social».

La igualdad sustancial conquistada es contundente en todos los segmentos. En el ámbito del Legislativo, se constata en la elaboración de las leyes protectoras de determinadas categorías económicamente desprotegidas, tales como las reglas que protegen a los trabajadores que son económicamente inferiores al empleador y las que priorizan a los consumidores de cara al poder económico del proveedor, entre otras disposiciones legales que pretenden combatir la desigualdad, atendiendo así a la igualdad jurídica (Palharini Júnior 2006, 616).

Obsérvese que la preocupación primordial de la incidencia del principio de igualdad en el proceso civil se refiere al análisis de la participación de las partes por medio de instrumentos que confirman la «igualdad de armas»⁸⁸. En este punto, la paridad de armas reside en su papel de conferir legitimidad al sistema de resolución de conflictos estructurado en determinado Estado, puesto que elimina las insatisfacciones por la posibilidad que existe de que todos los interesados influyan, con idénticas posibilidades de éxito, en la cognición del juez (Oliva Santos *et al.* 2016, 215-216)⁸⁹.

Se vincula el principio analizado anteriormente al principio de contradicción, es decir, desde la óptica de una adecuada posibilidad de que las partes actúen y reaccionen para

⁸⁸ En este punto se debe considerar que los aspectos económicos pueden impedir la participación en el proceso, de modo que para entender el proceso como legítimo y democrático se necesita de una posibilidad real y no meramente formal de participación. En esta línea de razonamiento, son importantes las garantías de asistencia jurídica gratuita como también unas normas procesales que permitan garantizar una efectiva participación de las partes según las necesidades del derecho sustancial. Se trata del aspecto de necesidad de igualdad de acceso a la justicia. Es la paridad de armas en el sentido de la efectividad en el acceso a la justicia, puesto que garantiza que la conclusión final del proceso solo dependa de los méritos jurídicos de las partes antagónicas, sin que quien juzga se deje influenciar por diferencias ajenas al derecho.

⁸⁹ Los referidos autores advierten que: «Se trata, pues, con el principio de igualdad de las partes, no tanto de otorgar a cada una de ellas el derecho a realizar un número igual de actos de alegación y de prueba, dispuestos en sucesión paralela, sino de que, en conjunto, dispongan de posibilidades parejas para sostener su posición, sin permitir que la regulación legal o erróneas resoluciones judiciales coloquen a una parte en situación de desventaja injusta».

influir en la formación de la convicción judicial (Didier Júnior 2003)⁹⁰. Los valores democráticos reflejados en el proceso imponen la participación de los sujetos interesados en una vía para generar una decisión, con el fin de influir en la percepción del juez con respecto al litigio.

Esto, sin embargo, induce a una visión intrínseca de la problemática con respecto al valor de la igualdad en el proceso, es decir, se debe buscar que las partes involucradas en una disputa tengan idénticas oportunidades de participación en la actividad cognitiva que será emprendida por el magistrado. Esta exigencia surge de la cláusula general del debido proceso legal, donde la igualdad se considera uno de los elementos básicos del ordenamiento jurídico.

No obstante, en virtud del exceso de decisiones divergentes en el análisis de casos iguales, surgió la preocupación por otro enfoque dado al principio. En efecto, desde un punto de vista amplio, la prestación de la tutela jurisdiccional, las personas iguales, involucradas en un mismo escenario fáctico-jurídico litigioso, deben recibir un tratamiento igual.

Las normas jurídicas no han acompañado los crecientes cambios de la sociedad moderna y, consecuentemente, el magistrado, al aplicar las referidas normas al caso concreto, irá interpretándolas para atribuirles el significado necesario para su concretización. Este fenómeno acontece en virtud de la imposibilidad de regular todos los acontecimientos de la vida en sociedad, por lo cual se torna clara la necesidad de la ley de contar con espacios capaces de dar a los jueces el poder de adaptar la norma a las nuevas realidades y valores.

Es así como el principio de igualdad en la aplicación de la ley debe llevar a la igualdad de correspondencia en situaciones de aplicación de las normas y, en vista de ello, una examinación de la actividad jurisdiccional adopta una forma y función de comparación individual y concreta para determinar si, en la aplicación de las consecuencias jurídicas, se usó el mismo procedimiento en dos casos idénticos.

Andrea Proto Pizani (2011) argumenta que: *«el principio de igualdad se ve gravemente lesionado si, en el mismo período histórico, el juez de Palermo interpreta la disposición “x” de un modo determinado, y el juez de Turín de un modo diferente»*.

⁹⁰ Este autor aborda la cuestión acerca de la posibilidad de que una de las partes «influya» en la decisión del magistrado.

Esto es así porque a pesar de que el derecho positivado es el mismo para todos, hay factores sociales, religiosos y culturales que influyen en el resultado de la actividad interpretativa de los magistrados y que pueden llevar a la adopción de decisiones necesarias para complementar las normas jurídicas ante situaciones de hecho que den margen a un abanico de interpretaciones posibles.

Cabe destacar que la tarea del intérprete, en lo que concierne la aplicación de la ley, no se resume en explicitar el texto de la norma, sino que debe constituir una continua reformulación y adecuación del texto legal a unas nuevas situaciones concretas (Picardi 2004, 54). Por lo tanto, ¿sería saludable para el sistema la fijación de una tesis general que fuera aplicable a la generalidad de los casos en que se discuta una misma cuestión de derecho, de modo de acelerar la cristalización de la jurisprudencia y evitar el riesgo de prolongar las decisiones conflictivas para los administrados que se encuentren en un mismo contexto litigioso? En este caso, ¿aprovechará quien aplica el derecho la ocasión para distinguir las nuevas situaciones concretas o no las tomará en cuenta de acuerdo con lo analizado en el caso concreto? Así pues, ¿se aplicará la ley de un modo uniforme?

2.1.8. El principio de protección de la confianza legítima

Así como en el caso del principio de la seguridad jurídica, el principio de confianza también es uno de los principios implícitos en el ordenamiento jurídico español⁹¹, es decir, aun cuando no hay una disposición legislativa que lo consagre, su existencia permea todo el ordenamiento jurídico.

Uno de los puntos de debate intenso en torno a la doctrina ha sido identificar de esta forma cómo el principio de confianza legítima se relaciona con los demás principios jurídicos y, asimismo, la exacta localización de su fundamento. De esta manera, se argumenta que la confianza derivaría del principio de buena fe. Sin embargo, cabe señalar que no

⁹¹ La examinación del principio de confianza legítima ha sido objeto de estudios específicos en los últimos años, aunque esto se ha dado tímidamente en Brasil. Se pueden citar textos de Ribeiro (2008) y Costa (2002).

obstante esta discusión, lo que importa para nuestro presente trabajo es la constatación de la existencia de ambos principios en nuestro ordenamiento jurídico.

El principio general de la buena fe se expresa en el Título Preliminar del Código Civil, artículo 7.1⁹², e impregna el ordenamiento jurídico español de contenido moral. Esto es así porque la buena fe, como las buenas costumbres, es siempre una vía de comunicación del derecho con la moral, principio reconocido como fuente del ordenamiento jurídico, además de su carácter informador de todo el sistema jurídico⁹³.

El derecho a veces no absorbe todas las exigencias éticas del comportamiento e incluso las modifica, lo que permite estimar que algo sea jurídicamente correcto, pero moralmente recusable. En otras ocasiones, por el contrario, acude de modo expreso a la moral (González Pérez 1999, 19-20). Siguiendo este razonamiento, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza, una de las vías más fecundas de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico y concretamente del valor de confianza (González Pérez 1999, 74).

La buena fe constituye uno de los principios generales del derecho, lo que implica afirmar que ya existía con independencia de su expresa delimitación en el ordenamiento jurídico. Por tanto, aunque la CE no haga alusión explícita a la buena fe como principio constitucional, no podemos negar que está comprendida en el concepto de valor jurídico o como principio general del ordenamiento, legitimando constitucionalmente la confianza legítima. Lo cierto es que la jurisprudencia civil y administrativa han formulado y

⁹² Obsérvese que: «Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» (art. 7.1 Título Preliminar, CC). Además, se establece que: «Artículo 1.1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Artículo 1.4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico» (arts. 1.1 y 1.4 CC).

⁹³ El Código Civil brasileño también hace referencia al principio de buena fe en diversos artículos, a saber: «Art. 113. Los negocios jurídicos deben ser interpretados conforma a la buena fe y a los usos del lugar de su celebración». [Traducción libre de la autora.] Asimismo, en este otro se dispone que: «Art. 187. También comete un acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres.». [Traducción libre de la autora.] Y en este otro artículo se dispone que: «Art. 422. Los contratantes están obligados a guardar, tanto en la conclusión del contrato como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe». [Traducción libre de la autora.]

delimitado el principio general de la buena fe (García de Enterría 1984b, 197 y sigs.; De los Mozos 1965, 35; Sainz Moreno 1979, 293) La reforma del Título Preliminar del Código Civil, al acogerlo expresamente, se limitó a hacerlo más ostensible.

En suma, dentro de un sistema jurídico existen determinados principios independientemente de la disposición legislativa específica, ya que su presencia no depende de la manifestación del legislador. Esto es así porque tales principios, lejos de ser una cuestión de mera conveniencia y oportunidad para el legislador, representan el propio fundamento del sistema al cual sus normas adhieren.

El principio de confianza legítima está tan implantado en el sistema jurídico que ignorarlo sería ignorar el ordenamiento como un todo, ya que este, con respecto a la concretización de la idea de justicia material, funciona como la base del propio ordenamiento jurídico.

En cuanto a que el principio de seguridad jurídica prestigia el aspecto objetivo de la estabilidad de las relaciones jurídicas, el principio de protección de la confianza se vincula un poco más al aspecto subjetivo. A pesar de que el principio de protección de la confianza está relacionado con el aspecto subjetivo del principio de la seguridad jurídica, su importancia generó la necesidad de consagrarlo como un principio autónomo.

La necesidad constante de proteger al administrado justificó la consagración del principio en el derecho comparado. La noción de protección de la confianza legítima aparece como una reacción a la utilización abusiva de normas jurídicas y actos administrativos que sorprendan bruscamente a sus destinatarios⁹⁴.

Asimismo, el principio de protección de la confianza legítima fue consagrado, inicialmente, en el célebre caso de la «viuda de Berlín», juzgado por el Superior Tribunal Administrativo de Berlín el 14 de noviembre de 1956. Se trata de una decisión en que una viuda tenía derecho a continuar recibiendo una pensión ilegal con fundamento en el principio de la confianza legítima. En el referido caso, la viuda de un funcionario alemán cambió su domicilio a Berlín Occidental, después de haber recibido la información, por medio de una declaración del Estado de Berlín, de que con la efectivización de la referida mudanza recibiría una pensión del Estado. La pensión, entretanto, fue posteriormente

⁹⁴ En el derecho comparado, el principio de la confianza ha sido objeto de numerosos estudios que pueden ser citados, por ejemplo, los correspondientes a Castillo Blanco (1998) y Calmes (2001).

cesada según el argumento de que al otorgarse la pensión se incumplieron las normas vigentes, dado que no se habría cumplido con todos los requisitos para su otorgamiento. Además, la administración alemana exigía a la pensionista la restitución de todas las cuantías indebidamente recibidas a la fecha.

El tribunal alemán reconoció que el beneficio era efectivamente indebido, pero mantuvo la pensión judicialmente con el argumento de que la vida de la pensionista había cambiado al recibir el beneficio, ya que esta confió en la información recibida de la administración alemana y, basándose en dichos datos, tomó medidas drásticas y duraderas.

En este caso, la decisión del tribunal se abstuvo de anular el acto ilegal para mantenerlo vigente, respetándose así los efectos producidos, mientras que el Estado mantuvo la obligación de pagar la pensión a la viuda al tenerse en cuenta la prevalencia del principio de la confianza legítima (Araújo 2009, 136-141)⁹⁵.

En este punto, cabe resaltar que no resulta necesario hacer hincapié en que los principios de la seguridad jurídica y de la protección de la confianza son elementos conservadores insertos en el orden jurídico, destinados para mantener el statu quo y evitar que las personas sean sorprendidas por modificaciones en el derecho positivo que puedan herir los intereses de los ciudadanos o frustrarles sus expectativas.

2.2. Acerca del ordenamiento jurídico brasileño

2.2.1. EL *Supremo Tribunal Federal*

Primero cabe dejar en claro que el *Supremo Tribunal Federal* fue creado en Brasil en 1828 como órgano de la cúpula del Poder Judicial, entre cuyas diversas atribuciones previstas en la Constitución Federal (CFbr) le competía la guarda de la CFbr a través de

⁹⁵ En el escenario judicial, se verifica que tanto el Poder Judicial como el tribunal constitucional tienen la capacidad de provocar frustraciones en las expectativas por medio de nuevas orientaciones judiciales. En consecuencia, se debe posibilitar que una expectativa legítima sea respetada mediante la aplicación de la jurisprudencia.

un control concentrado de la constitucionalidad, así como en un control difuso por la vía del recurso extraordinario⁹⁶. Fue este tribunal, hasta el advenimiento de la Constitución Federal de 1988, el responsable de uniformar la interpretación de todo el derecho federal, constitucional e infraconstitucional, a través del recurso extraordinario.

El *Superior Tribunal de Justiça* y el recurso especial fueron creados por la Constitución Federal de 1988, con el objetivo de resolver la sobrecarga de trabajo del Supremo (Camargo Mancuso 2003, 87-88) y con eso las materias hasta entonces impugnables por recurso extraordinario fueron divididas en dos grupos: el primero de competencia del Supremo para materias constitucionales vía recurso extraordinario y el segundo de competencia del *Superior Tribunal de Justiça* para cuestiones federales, siendo objeto del recurso especial.

Desde entonces compete al *Supremo Tribunal Federal* decidir acerca de cuestiones constitucionales, ejerciendo el control de la constitucionalidad de las leyes y de las decisiones judiciales, así como de los procesos de su competencia originaria y relativa a recursos ordinaria expresa y exclusivamente previstos en la Constitución. Al *Superior Tribunal de Justiça* le compete la función primordial de tutelar el derecho objetivo federal, debiendo mantener la uniformidad de interpretación de las leyes federales infraconstitucionales y con eso conservar la integridad del derecho positivo federal⁹⁷.

⁹⁶ El establece, entre las competencias del Supremo Tribunal Federal, se establece lo siguiente: «III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal» (art. 102, III CFbr).

⁹⁷ Asimismo se dispone que: «O recurso especial é cabível contra as causas decididas pelos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais, quando a decisão recorrida. (a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência; (b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; e (c) der à lei federal interpretação diversa da que lhe seja atribuída por outro tribunal» (art. 105 CFbr).

2.2.3. Acerca de la repercusión general del recurso extraordinario

En el ámbito del sistema brasileño, el instituto de la repercusión general surgió con el objetivo de que le posibilite al *Supremo Tribunal Federal* no apreciar aquellos recursos extraordinarios sin implicaciones de impacto para la sociedad. Funciona como un verdadero filtro constitucional y como instrumento de uniformización del derecho.

Se trata de una decisión judicial dictada por el órgano máximo del Poder Judicial con el objetivo de apreciar una determinada cuestión jurídica que, por no estar adscrita a la esfera de interés de las partes litigantes, se refleja en toda la comunidad, ya que tiene la condición de garantizar la uniformidad de la interpretación y de la aplicación del ordenamiento jurídico a nivel constitucional.

En lo que se refiere al recurso extraordinario, las funciones paradigmáticas y uniformizadoras de las decisiones del *Supremo Tribunal Federal* están presentes a partir de la adopción en nuestro sistema de la repercusión general como requisito de admisibilidad del recurso extraordinario.

La Enmienda Constitucional N. 45/2004 creó la llamada «repercusión general» en el 3^{er} inciso del artículo 102 de la CFbr⁹⁸. Los recursos direccionados para el *Supremo Tribunal Federal* sobre la materia constitucional solamente serán admitidos si la cuestión constitucional fuera una hipótesis de repercusión general⁹⁹.

Con la creación de la repercusión general, el recurso extraordinario adquiere otro requisito de admisibilidad y, con eso, el *Supremo Tribunal Federal* está facultado para seleccionar para su juzgamiento solo las cuestiones constitucionales relevantes y abarcadoras,

⁹⁸ Así pues, se dispone que: «102.3. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros» (art. 102.3 CFbr).

⁹⁹ La repercusión general vio cómo se reafirmaba el papel del *Supremo Tribunal Federal* como Corte Constitucional, y no como una mera instancia recursal, al perseguir este un análisis de cuestiones relevantes para el orden constitucional, cuya solución extrapole el interés subjetivo de las partes. Incumbía al más alto tribunal manifestarse una única vez con respecto a cada cuestión constitucional, absteniéndose de pronunciarse en otros procesos con idéntica materia.

demostrando claramente que el objetivo de la repercusión general fue reafirmar al *Supremo Tribunal Federal* como Corte Constitucional, donde la apreciación restringida a la materia relevante —que extrapola el interés de las partes— libra al mismo de ser una mera instancia recursal (García Medina 2006, 1058)¹⁰⁰.

Es importante resaltar que el análisis de la repercusión general es de competencia privativa del *Supremo Tribunal Federal*, el cual debe analizar la existencia o no de la repercusión general de la cuestión constitucional. El Tribunal de Origen solamente puede realizar un análisis normal de los requisitos de admisibilidad y la verificación de la presencia, o no, de la preliminar de repercusión general. El juicio a quo solamente negará seguir con el recurso extraordinario cuando fuera verificada la ausencia de la preliminar¹⁰¹.

Obsérvese que la repercusión general se inspiró en la institución norteamericana de la «petición de certiorari» (*petition for certiorari*). En efecto, hasta 1891, la Suprema Corte de los EE. UU. estaba obligada a apreciar y decidir con respecto a todos los recursos que le fueran presentados, hecho este que ocasionó la primera gran crisis en el Poder Judicial

¹⁰⁰ García Medina afirma que la repercusión general significa la existencia de una relevancia que trasciende el caso concreto revistiéndose de un interés general. Este interés general no corresponde necesariamente al ámbito nacional, sino que puede ser de interés regional e incluso local.

¹⁰¹ Se compara en la doctrina las semejanzas y las diferencias existentes entre el instituto de la repercusión general y la argumentación de la relevancia prevista en la Constitución de 1967 (Enmienda Constitucional de 01/69) y que rigió en Brasil para la CFbr de 1988. Si bien la repercusión general como también la argumentación de la relevancia tienen la misma finalidad, es decir, crear una suerte de triaje con respecto a la admisión del recurso extraordinario, haciendo que el Supremo Tribunal Federal profiera decisiones en el marco del recurso extraordinario que tienen un interés general, hay claras diferencias entre los dos institutos. En efecto, la argumentación de la relevancia estaba adscripta al análisis de la materia infraconstitucional, pues en el régimen constitucional anterior, el recurso extraordinario podía analizar tanto cuestiones relacionadas con la ley federal como cuestiones constitucionales, mientras que la repercusión general, por otro lado, solamente analiza cuestiones constitucionales. Otra característica distintiva de relevancia es que, como la argumentación general fue instituida durante el régimen de la dictadura, podría ser juzgada en sesiones secretas del *Supremo Tribunal Federal* sin necesidad de fundamentar sus decisiones. Las sesiones eran celebradas por el Tribunal Pleno, sin la presencia de las partes ni de sus abogados, y se publicaba el resultado final solo con una indicación de «acogida» o «no acogida». En virtud de este hecho, el análisis de la argumentación de la relevancia era hecha de una forma más precaria en comparación con la repercusión general. Por otro lado, la repercusión general presenta una amplia difusión pública, con decisiones fundamentadas disponibles inclusive en el sitio web del Supremo.

que se tenga noticia, en virtud del elevado número de causas y el exiguo número de jueces, momento en el cual el Congreso de los EE. UU., por medio de la ley conocida como *Judicial Act*, autorizó a su más alto tribunal nacional a utilizar el instituto del *writ of certiorari* para realizar un juicio de admisibilidad subjetivo de selección de las causas que irían a ser tratadas por este tribunal.

El referido instituto consiste en un proceso incidental indispensable para que el recurso civil o penal alcance el más alto tribunal de justicia del país del Norte; por lo tanto, es necesario que el recurrente elabore una petición en la cual conste el motivo del derecho por el cual solicita que su causa sea examinada por la Suprema Corte, en general demostrando algún conflicto de competencia en las cuestiones legales presentadas o demostrando el interés público existente en la cuestión. Cabe destacar que el recurrido tiene derecho de presentar un memorial oponiéndose a la concesión del derecho, pudiendo a su vez el recurrente contraargumentar dicho memorial. Cada año, la Suprema Corte de los EE. UU. selecciona todas las *petitions for certiorari* que serán juzgadas en el transcurso del año. Obsérvese que la repercusión general guarda similitudes con la *petition for certiorari* en determinados aspectos. Uno de los puntos coincidentes consiste en el criterio de admisión del recurso; es más, uno de los factores analizados por los miembros de la Suprema Corte americana es justamente la importancia general del caso, lo que sería equivalente a la noción de repercusión general en el caso brasileño (Dantas 1996)¹⁰².

De modo que Brasil, al adoptar un instituto semejante a la *petition for certiorari* americana, también tuvo como objetivo eliminar la función de simple instancia revisora para reforzar el papel del *Supremo Tribunal Federal* como Corte Constitucional.

Solamente serán encaminados algunos recursos extraordinarios, los cuales contendrán el mayor caudal de información necesaria para el juzgamiento por el *Supremo Tribunal Federal*, quedando los demás recursos suspendidos, inclusive los respectivos agravios. Le cabe al Supremo analizar cada cuestión constitucional de los procesos representativos de controversia y, en el caso de que sea denegada la repercusión general, el recurso extraordinario será recusado, así como los otros sobre el mismo tema. Por otra parte, si la

¹⁰² Dantas alerta que: «no se puede trasladar un instituto jurídico de una sociedad a otra sin tener en cuenta los condicionamientos socio-culturales y económico-políticos a los cuales están sujetos todos los modelos jurídicos».

repercusión general fuera reconocida, los ministros juzgarán la materia y el resultado final se reflejará en todos los recursos extraordinarios pendientes¹⁰³.

Mientras que la mayor parte de la doctrina entiende que no hay, en la repercusión general, una decisión de efecto erga omnes, el hecho es que lo juzgado en la referida repercusión tendrá eficacia en el futuro para todos los casos idénticos de recurso extraordinario en que la misma cuestión controvertida vaya a ser debatida.

2.2.4. Acerca del procedimiento del recurso extraordinario

El *Supremo Tribunal Federal* en una decisión irrecurrible no conocerá el recurso extraordinario cuando la cuestión constitucional implícita en este no tenga una repercusión general, debiendo el recurrente demostrar la existencia de repercusión para que haya una apreciación exclusiva por parte del Supremo Tribunal Federal. El artículo 1.035 del nuevo *Código de Processo Civil* brasileño (novo CPCbr) establece que a efectos de la repercusión general, «será considerada la existencia, o no, de cuestiones relevantes desde el punto de vista económico, político, social o jurídico que trasciendan los intereses subjetivos del proceso».

¹⁰³ Una innovación es la informatización del proceso judicial, que consagra una de las tendencias del proceso civil moderno. En efecto, en la repercusión general se utilizan algunos mecanismos tecnológicos, tales como el «plenario virtual» y el «canal de repercusión». Las sesiones para la verificación de la repercusión general se realizan sin la presencia física de los ministros, los cuales tienen acceso virtual al recurso extraordinario y a los votos ya proferidos y podrán emitir sus votos en el sistema sin necesidad de su presencia física en el Plenario. El «canal de repercusión» consiste en un espacio virtual reservado en la página electrónica del Supremo para el intercambio de información entre la Suprema Corte y los Tribunales Superiores de segundo grado y las salas recursales de los juzgados federales especiales. Por medio de este espacio se hacen públicas y difunden las cuestiones acerca de la repercusión general apreciadas por el *Supremo Tribunal Federal*. Ambas innovaciones proporcionan ventajas en relación con la celeridad y la transparencia en el juzgamiento de los recursos, cabe resaltar que por medio del «canal de repercusión», los distintos tribunales deben proporcionar información sobre el número de procesos suspendidos en origen, destacando cuáles son los temas constitucionales más representativos, para que el Supremo pueda priorizar el juzgamiento de los temas de mayor repercusión general.

El referido artículo no conceptúa lo que van a ser las cuestiones relevantes desde el punto de vista económico, social o jurídico. De hecho, dicho inciso posee una inmensa subjetividad, presentándose como un concepto jurídicamente indeterminado con una incidencia del binomio relevancia-trascendencia.

La utilización de conceptos jurídicos indeterminados facilita que la norma se mantenga actualizada, evitando, de ese modo, que se realicen constantes alteraciones legislativas con el fin de adecuar el instituto a los cambios verificados en la sociedad.

Hay así un filtro específico para limitar la incidencia del recurso extraordinario, el cual, en ese contexto, tiene el propósito de superar los intereses subjetivos con el fin de atribuir un carácter objetivo a una demanda anteriormente subjetiva. La orientación fijada por el tribunal de superposición traslada la aplicación del proceso al caso concreto ya que lo que se busca con la repercusión general no es la defensa de los intereses de las partes sino la defensa del orden constitucional objetivo y una decisión uniformizadora de la jurisprudencia¹⁰⁴.

¹⁰⁴ La Ministra Ellen Gracie, integrante del Supremo Tribunal Federal, en el recurso extraordinario RE Nro. 579431 QO/RS (2008), en la cuestión del orden observó que, no obstante, se debe privilegiar la jurisprudencia ya consolidada, evitando así un nuevo juzgamiento en relación con las cuestiones constitucionales pacificadas por el Pleno. En calidad de relatora, afirmó que: «que a existência ou não de repercussão geral seria decorrência direta da relevância social, política, jurídica ou econômica da questão constitucional suscitada no apelo extremo, que não poderia ser afastada pelo fato de já ter sido o assunto enfrentado em sucessivos julgados anteriores da Corte, fosse a decisão de origem contrária ao entendimento do Supremo ou consentânea com ele, haja vista que a existência de julgados em outros processos, indicando se tratar de matéria que ultrapassa os interesses subjetivos da causa, afirmaria a repercussão geral. Por isso, os recursos extraordinários contrários à jurisprudência da Corte não mereceriam seguimento, não por ausência de repercussão geral, mas por contrariarem a jurisprudência, caracterizando-se como manifestadamente improcedentes (CPCbr, art. 557). Em suma entendeu adequado que para as questões constitucionais já decididas pelo Plenário fossem atribuídos os efeitos da repercussão geral reconhecida, devendo os recursos extraordinários, com tema correspondente que, doravante, vierem ao STF, ser devolvidos à origem, para os procedimentos aqui autorizados, como já acontece com aqueles cujos temas são levados ao Plenário Virtual. Propôs, também, que matérias já enfrentadas pelo Pleno fossem trazidas pela Presidência, antes da distribuição, em questão de ordem, para que se afirme de forma objetiva, e para cada uma, a aplicabilidade da repercussão geral, sempre que presente a relevância sob os aspectos legais, e para que se examine se permanece dominante a jurisprudência sobre o tema. O Min. Marco Aurélio não aderiu a essa proposta, ao fundamento de que o processo não deveria ser apresentado em questão de ordem, pelo Presidente, mas pautado, pelo relator, após a distribuição; e que também não se poderia fazer retroagir

Teresa Arruda Alvim Wambier estabelece algunos criterios para orientar en la determinación de la existencia de la repercusión general al esclarecer que:

Relevância Social há numa ação em que se discutem problemas relativos à escola, à moradia, à saúde ou mesmo à legitimidade do Ministério Público para a propositura de certas ações. Corretamente, a nosso ver, considerou-se que tem repercussão geral a questão relativa à obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Pensamos, aliás, que essa repercussão geral deverá ser pressuposta em um número considerável de ações coletivas, só pelo fato de serem coletivas.

Relevância econômica se vê em ações que discutem, por exemplo, o sistema financeiro de habitação ou da privatização de serviços públicos essenciais, como a telefonia, o saneamento básico, a infraestrutura etc.

Repercussão política pode-se entrever quando, por exemplo, de uma causa possa emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados Estrangeiros ou organismos internacionais (Wambier 2009, 169).

A título ilustrativo, el *Supremo Tribunal Federal* ha reconocido la «repercusión general» de las siguientes materias: la necesidad de una ley complementaria para corregir la prescripción y la decadencia relativas a las contribuciones sociales; la necesidad de discriminar los pulsos para el cobro de los servicios de telefonía; la posibilidad de que el adicional por insalubridad tenga como base de cómputo el salario mínimo a la luz del artículo 7, IV, de la CFbr; la obligatoriedad del Poder Público para que provea medicamentos de alto coste; criterios para el otorgamiento de pensiones a servidores públicos cuyas actividades no se ejerzan exclusivamente en condiciones especiales que

a legislação alusiva à repercussão geral a ponto de assentar que poderia haver a modificação do que foi decidido pelas próprias corte de origem nos recursos anteriores à vigência do instituto. Asseverou que isso somente se aplicaria aos recursos interpostos após a regulação da repercussão geral. Relativamente ao recurso extraordinário analisado, o Tribunal concluiu pela existência de repercussão geral, entendeu que há necessidade de análise aprofundada pelo Plenário sobre a possibilidade de incidência de juros de mora no período entre a conta de liquidação e a da expedição do requisitório, para fins de precatório complementar, já que, quanto ao tema, não ficou patente a existência de jurisprudência dominante. Em consequência, determinou-se a distribuição normal do recurso extraordinário, a fim de permitir o exame da matéria».

perjudiquen la salud o la integridad física; la posibilidad de fraccionamiento del valor de la ejecución propuesta contra la Hacienda Pública para el pago de honorarios de abogados; la constitucionalidad de la prisión civil para el depositario infiel.

Obsérvese, por otra parte, las materias examinadas en el marco del recurso extraordinario en que hubo una ausencia de la «repercusión general»: la responsabilidad del Estado por la emisión, en duplicado, del Registro de Personas Físicas (*Cadastro de Pessoas Físicas* o CPF, por su sigla en portugués) para personas distintas; el otorgamiento de beneficios de asistencia jurídica gratuita para las personas jurídicas.

Vale destacar que la tarea de apreciar la existencia o no de la repercusión general será exclusiva de la «Corte Constitucional», es decir, la evaluación de la repercusión general no se enfrenta a un análisis o cribado por parte del tribunal de origen, siendo importante resaltar que la decisión acerca del pronunciamiento hecho por el Supremo no es recurrible.

La atribución exclusiva al *Supremo Tribunal Federal* de examinar la presencia o la ausencia de la repercusión general se encuentra justificada en el hecho de que dicho tribunal funciona como guardián de la CFbr y tiene la función de interpretarla. Le cabe al tribunal de origen solo verificar si el recurrente presentó una preliminar de repercusión general, al emitir cualquier juicio con respecto a su existencia o no.

Por lo tanto, solamente las cuestiones constitucionales que tengan una repercusión general podrán ser objeto de examen por el *Supremo Tribunal Federal*, al juzgar el recurso extraordinario, reconduciendo efectivamente a la Corte Constitucional a su verdadera función que es la de celar por el derecho objetivo.

Con la repercusión general, no es que cualquier violación a la CFbr vaya a ser apreciada por el *Supremo Tribunal Federal*, sino solamente aquellas violaciones que tienen repercusión que va más allá del caso concreto. En otras palabras, *el Supremo Tribunal Federal* ya no va a celar más por toda la CFbr, ateniéndose solo a celar aquellos preceptos constitucionales que hubieran sido objeto de violación de especial relevancia. En las lecciones de Leonardo Greco (2009, 50)¹⁰⁵, el «derecho individual, constitucionalmente

¹⁰⁵ Greco critica el referido instituto, alegando que: «paradoxalmente, um indivíduo pode chegar nesse caso até a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas está impedido de levar o seu pleito ao mais alto tribunal do seu país. Essa restrição, aparentemente heróica, pois visa a reduzir o número excessivo de

asegurado, pero que no tenga repercusión general, dejó de ser tratado por el Supremo Tribunal».

El 3^{er} inciso del artículo 1.035 nuevo CPCbr expresa que habrá repercusión general siempre que el recurso impugne un acordado (o sentencia) que contrarie una *súmula* o jurisprudencia dominante del *Supremo Tribunal Federal* o que haya reconocido la inconstitucionalidad de un tratado o de una ley federal en los términos del artículo 97 CFbr. En ese inciso, hay una presunción de repercusión general, no siendo necesario que la *súmula* referida sea vinculante, aunque sí es necesario que retrate la jurisprudencia consolidada como dominante. La repercusión general estará configurada en cualquier juicio que tenga que afrontar la denominada jurisprudencia dominante del Supremo Tribunal Federal.

El aludido dispositivo legal fortalece la función uniformizadora al suponer la existencia de la repercusión general cuando hubiera una divergencia entre la decisión recurrida y la jurisprudencia dominante del Supremo. En esos casos, hay dos alternativas: la decisión impugnada precisa ser adecuada al entendimiento del *Supremo Tribunal Federal* o ha habido una alteración sustancial en el cuadro fáctico y jurídico que hace que se recomiende un cambio de orientación de la Corte Suprema.

En virtud del carácter general de la repercusión general, se podrá admitir la manifestación de terceros; una vez que sea admitida suspenderá el procesamiento de todos los procesos pendientes, sean estos individuales o colectivos, que estuvieran en trámite y que versen sobre la misma cuestión en el territorio nacional.

recursos para o *Supremo Tribunal Federal*, é péssima para os Cidadãos. Com ela o direito brasileiro está olvidando de uma lição lapidar de CAPPELLETTI, por ele recordada em 1991 aqui mesmo no Brasil, na sua última palestra proferida em nosso país, no sentido de que a justiça do nosso tempo não pode ser mais pensada em benefício dos seus produtores, mas em função dos seus usuários. Para servir ao Estado, já existem todos os órgãos da Administração Pública. Parodiando expressão de consagrada jurista francesa a respeito de filtro semelhante introduzido naquele país ao recurso para a Tribunais de Cassação, com esse tipo de limitação o *Supremo Tribunal Federal* está deixando de exercer uma justiça democrática para transformar-se em instrumento de uma justiça aristocrática. Essa visão, entretanto, foi ignorada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Para piorar ainda mais essa perda de garantia de direitos previstos na Constituição, a lei que regulamentou a repercussão geral, já referida, criou ainda um procedimento em que, para a sua aferição, são selecionados alguns processos-modelos, que são remetidos ao Supremo Tribunal Federal, enquanto outros ficam sobrestados nas instâncias de origem».

Se trata de la previsión del *amicus curiae* en el marco del análisis de la repercusión general, que es, en verdad, un auxiliar del juicio con el propósito de ayudar técnicamente al magistrado en la decisión que se proferirá. El objetivo es proporcionar al Supremo el pleno conocimiento de todas las implicancias y repercusiones de sus juzgamientos, legitimando así las decisiones del Supremo, principalmente en causas en que su decisión proyecta eficacia sobre un número considerable de administrados.

Una vez que se haya negado la existencia de la repercusión general, el presidente o el vicepresidente del tribunal de origen se negará a proseguir con los recursos extraordinarios suspendidos en origen que versen sobre idéntica materia. En otros términos, la decisión tendrá validez para todos los recursos sobre una materia idéntica. La *súmula* de la decisión sobre la repercusión constará en autos y será publicada en el diario oficial, entrando así en vigor como un acordado (o sentencia). Obsérvese que una vez que se haya reconocido la repercusión, el Supremo deberá juzgarla en el plazo de un año y tendrá preferencia sobre los demás hechos.

Por otra parte, el legislador optó por regular de forma específica a la repercusión general en el caso de demandas colectivas, así como el recurso especial de competencia del Superior Tribunal de Justicia, que se examinará oportunamente.

El nuevo CPCbr continuó con la misma orientación ya asentada en el antiguo código en el sentido de que impide que el Supremo se transforme en una cuarta instancia, disminuyendo de este modo considerablemente la carga de trabajo de este tribunal y colocándolo en posición de proferir decisiones de mejor calidad.

Obviamente, los dispositivos citados en el párrafo anterior solo asumen una dimensión importante si el *Supremo Tribunal Federal* no altera constantemente, sin un motivo relevante, sus decisiones. Habrá, además, una reducción de los recursos extraordinarios que deberían ser juzgados, en razón de la repercusión general, cuyo objetivo es limitar la actuación de ese tribunal a los casos efectivamente relevantes para la sociedad.

Obsérvese que este mecanismo de filtraje recursal restaura la función del *Supremo Tribunal Federal* de celar por la uniformidad de la interpretación constitucional, evitando así, además, que se perjudique el desempeño de la Corte de Cúpula por el elevado número de hechos que no guardan relación con la función de mantenimiento de la unidad del derecho.

2.2.5. El uso del método difuso como instrumento de control abstracto de la constitucionalidad en el Brasil

El *Supremo Tribunal Federal*, en virtud de la amplia constitucionalización del derecho brasileño, recibe un enorme volumen de recursos extraordinarios. Lo que debería ser excepcional se ha vuelto un trámite normal del referido recurso, de modo que el *Supremo Tribunal Federal* está agobiado por la cantidad deshumana de procesos, sin ninguna relevancia para la sociedad. Este tribunal debería preocuparse por las cuestiones de relevancia para Brasil y sus decisiones deberían tener la misma amplitud y valor para no transformarse en un tribunal de tercera o cuarta instancia.

En este contexto, la repercusión general en el recurso extraordinario es tal vez el mecanismo encontrado para alcanzar una sintonía casi perfecta entre un control abstracto y uno concreto, ya que lo que separaba a los dos modelos era la falta de una repercusión general en muchas de las acciones que llegaban al *Supremo Tribunal Federal* por medio de un control difuso, dado que en el control abstracto esa característica está presumiblemente presente.

Se trata de un verdadero filtro de acceso que imposibilitará que toda o cualquier cuestión constitucional en control difuso exija que se pronuncie el Supremo.

El control de constitucionalidad brasileño se caracteriza por ser un modelo mixto, en el cual la jurisdicción constitucional es ejercida tanto por la vía difusa (en todo juicio o tribunal) como por la vía concentrada (por el *Supremo Tribunal Federal*).

Obsérvese que el mecanismo de verificación de la constitucionalidad de las leyes y de los actos normativos por vía difusa por parte del Poder Judicial es una construcción importada del constitucionalismo de los EE. UU.

En el modelo de control constitucional americano, se permite que cualquier juez o tribunal, cuando del análisis del caso concreto, no aplique una norma inconstitucional, produciendo dicha decisión un efecto *inter partes* e *ex tunc*; observándose que el reconocimiento de la inconstitucionalidad no es el objeto principal del proceso, sino una cuestión judicial incidental que resulta esencial para la resolución del litigio en concreto.

En el referido sistema, sin embargo, a pesar de que los efectos de la declaración de la cuestión constitucional se comprueban solo *inter partes*, la adopción de la regla del *stare decisis* por parte de la Suprema Corte americana acaba por erradicar la incertidumbre jurídica que sobrevendría en el caso de que los jueces y los tribunales de las instancias inferiores correspondientes a los estados americanos no siguiesen las decisiones de la jurisdicción superior.

Resulta importante hacer hincapié en que no se trasladó para el ordenamiento jurídico brasileño el precedente jurisprudencial con fuerza vinculante (*stare decisis*) existente en el modelo americano, de modo que se permitió que la supremacía de la CFbr se sujetase a las más variadas interpretaciones de los jueces y los tribunales de todo el país, por lo cual llegan hasta el *Supremo Tribunal Federal* centenares de procesos semejantes con decisiones completamente divergentes.

Ante esta situación, sin embargo, se inició un movimiento surgido en el Supremo que pretende una objetivación del recurso extraordinario, ya que puede no ser el único, pero sí es el principal medio de ejercer el control difuso de la constitucionalidad, puesto que es por este medio que se obtiene el más amplio acceso al *Supremo Tribunal Federal*. La repercusión general altera el papel del recurso extraordinario, pues representa la inserción de elementos del proceso objetivo en el control concreto de la constitucionalidad.

Con la repercusión general, hay una necesidad de demostrar cuestiones que trasciendan los intereses de las partes e induce a una identificación automática con el control abstracto de la constitucionalidad por tratarse de una característica propia del proceso objetivo. Este es un verdadero filtro de acceso que hará imposible que toda o cualquier cuestión constitucional en control difuso demande que se pronuncie la más alta corte.

De este modo, cada vez hay una mayor aproximación entre el modelo concreto y el modelo abstracto de control de constitucionalidad de las leyes; algunas razones para explicar la ocurrencia de esta nueva tendencia son, por ejemplo, la valorización del *Supremo Tribunal Federal* como Corte Constitucional.

Así, el proceso entre las partes, elevado a la Corte por medio del recurso extraordinario, debe ser visto solo como un presupuesto para una actividad jurisdiccional que trasciende el interés subjetivo entre las partes. Diversas manifestaciones de este fenómeno ya se encuentran en la legislación y en la jurisprudencia brasileña, tales como:

- a) La *súmula* vinculante prevista en el artículo 103-A CFbr que podrá ser editada después de reiteradas decisiones del *Supremo Tribunal Federal* sobre la cuestión constitucional, todas ellas tomadas en control difuso de constitucionalidad.
- b) La previsión del procedimiento del recurso extraordinario interpuesto en el ámbito de juicios especiales federales, en que la decisión del *Supremo Tribunal Federal* es vinculante para las salas recursales, que deberán retractarse o declarara perjudicado el recurso extraordinario ya interpuesto, según corresponda, y además, podrá concederse una medida cautelar para suspender el procesamiento de otros recursos extraordinarios que traten la misma cuestión hasta que el *Supremo Tribunal Federal* juzgue el recurso (artículo 14 de la Ley Nro. 10.259/2001 y el Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal en su artículo 321).
- c) La admisión por el Tribunal del *amicus curiae* en el juzgamiento del recurso extraordinario antes de la previsión de la repercusión general (Informativo 402 STF, 19 a 23 de septiembre de 2005).
- d) El ministro Gilmar Mendes, al juzgar el hábeas corpus HC 82.959, consideró inconstitucional el inciso 1º del artículo 2 de la Ley de Delitos Atroces y aplicó en control difuso el artículo 27 de la Ley Nro. 9.868/99 con el fin de dar eficacia no-retroactiva a su decisión; es decir, se aplicó al control difuso de constitucionalidad un instrumento de control concentrado, que es la posibilidad de que el Supremo Tribunal Federal determine, en el juicio de inconstitucionalidad, la eficacia de su decisión, *ex nunc* o *ex tunc* (Didier Júnior 2006, 985)¹⁰⁶.

Existirá, con la repercusión general, la expansión de la teoría del efecto trascendente de los motivos determinantes. De hecho, la jurisprudencia del Supremo reconoce la trascendencia de los fundamentos de las decisiones en que existe una repercusión general, ante el riesgo inminente de una multiplicación de acciones sobre una misma cuestión. Así pues, solamente habrá juzgamiento por parte del *Supremo Tribunal Federal* del recurso extraordinario en que haya una repercusión general, con la perspectiva de que todas las decisiones proferidas en esos recursos tengan efectos trascendentes, eliminando cada vez más las barreras que distinguían el control abstracto de la constitucionalidad del control

concreto, por lo cual la repercusión general funciona como un mecanismo de objetivación del control difuso.

Otra distinción importante se refiere a la posibilidad de la existencia de la «*causa de pedir aberta*» en el juzgamiento de los recursos extraordinarios. Explico: la «*causa de pedir aberta*» es una de las características del proceso objetivo como, por ejemplo, en las acciones directas de inconstitucionalidad, en que el *Supremo Tribunal Federal* no está adscrito a los motivos citados por los legitimados en la petición inicial. Esto significa que no hay límites a la fundamentación de los ministros en el momento del juzgamiento, principalmente porque en el proceso objetivo no hay litigio, lo que motiva la existencia de la «*causa de pedir aberta*».

Es importante recordar el juicio del recurso extraordinario RE 298.694 (2003)¹⁰⁷ que abrió camino a la posibilidad de juzgar el recurso extraordinario con fundamento distinto al contenido en la sentencia recurrida. En este juicio se discutió la cuestión relativa a los salarios de los funcionarios públicos del municipio de San Pablo. La sentencia del tribunal *a quo* había dado ganada la causa a los funcionarios fundamentándose en la existencia del derecho adquirido para un reajuste de los salarios. El recurso extraordinario se basó en este fundamento. El *Supremo Tribunal Federal*, sin embargo, mantuvo la sentencia recurrida: no porque existiera un derecho claro y exigible, sino por otro fundamento que fue la obediencia al principio de irreductibilidad de los salarios.

¹⁰⁷ En resumo: «Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irreductibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário. III. Irreductibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido, na medida em que a sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito a determinada remuneração. IV. Irreductibilidade de vencimentos: violação por lei cuja aplicação implicaria reduzir vencimentos já reajustados conforme a legislação anterior incidente na data a partir da qual se prescreveu a aplicabilidade retroativa da lei nova» RE 298.694/SP(2003).

2.2.6. El *Superior Tribunal de Justicia*

El *Superior Tribunal de Justicia* (STJ) fue creado por la CFbr en 1988 para ser el guardián del derecho federal y dar uniformidad a la interpretación de la legislación infraconstitucional; persigue, desde su creación, optimizar los juicios de recursos bajo su competencia.

Uno de los fundamentos para dar lugar al recurso especial es el inciso «c» del artículo 105, III, CFbr, que se refiere a la función de dar uniformidad a la jurisprudencia con la que están facultados los tribunales brasileños con respecto a la interpretación de la ley federal en todo el territorio nacional. Así pues, le cabe al *Superior Tribunal de Justicia* tener la última palabra con respecto a la interpretación y, consecuentemente, aplicar las normas jurídicas correspondientes. De la misma forma, la divergencia jurisprudencial precisa ocurrir en el ámbito de los distintos tribunales porque no hay cómo dar uniformidad a la jurisprudencia a no ser por medio del recurso especial.

2.2.7. Acerca del recurso especial y extraordinario repetitivo

El nuevo CPCbr prevé que siempre que haya una multiplicidad de recursos extraordinarios o especiales con respecto a una idéntica cuestión de derecho se dará lugar para el juzgamiento de acuerdo con lo previsto en el código y en cumplimiento del reglamento interno del *Supremo Tribunal Federal* y del *Superior Tribunal de Justicia*,

conforme al artículo 1.036¹⁰⁸. Estos recursos denotan la existencia de una multiplicidad de recursos con fundamento en una idéntica cuestión de derecho (Fux 2010, 3)¹⁰⁹.

En tanto haya una «multiplicidad de recursos con fundamento en una idéntica cuestión de derecho», el Presidente del tribunal de origen admitirá solo uno o más de los recursos representativos de la controversia y determinará que los demás procesos pendientes, sean estos individuales o colectivos, que se encuentren en trámite en el estado o en la región entren en suspensión, en espera de la manifestación del *Superior Tribunal de Justicia* o del *Supremo Tribunal Federal*.

Los recursos seleccionados serán denominados de «paradigma» o «pilotos» y deberán ser juzgados por el *Superior Tribunal de Justicia* o por el *Supremo Tribunal Federal* con el fin de unificar la jurisprudencia y orientar a los demás tribunales en segunda instancia, ya que el juicio no será llevado adelante por la Sala (denominada «Turma») sino por la

¹⁰⁸ Se establece que: «Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idéntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça» (art. 1.036, novo CPCbr).

¹⁰⁹ Al referirse al recurso repetitivo, Fux hace las siguientes consideraciones: «Um fenômeno moderno da sociedade de massa introjetou no sistema brasileiro de origem romano-germânica a técnica inerente ao sistema anglo-saxônico, inspirado no princípio da isonomia, de aplicar-se o precedente judicial em caráter *erga omnes*. Nas causas que apresentam um interesse comum a uma multiplicidade inidentificável de jurisdicionados. (...) Ainda, está arraigado na tradição romana de que o autor é *dominus litis*, o legislador brasileiro não eliminou a legitimação individual em detrimento da legitimação difusa deferida aos órgãos intermediários entre o cidadão e o Estado ou ao Ministério Público. A consequência dessa coexistência de legitimações, é a constatação de ações individuais idénticas quanto ao pedido e a causa de pedir, cujos julgamentos redundam em recursos repetitivos. É de sabença que acordem aos tribunais superiores inúmeras causas repetitivas e que por força do princípio da isonomia devem receber o mesmo tratamento meritório. Deveras essas causas decorrentes de megalesões, abarrotam os tribunais brasileiros, colocando-os no patamar de Corte com o maior número de recursos pendentes de julgamento. O legislador brasileiro, no afã de exterminar com esse gravoso problema, a luz da novel concepção da duração razoável dos processos e da força da jurisprudência, esta capaz de uniformizar os resultados judiciais para causas idénticas, cumprindo o postulado da isonomia, fez surgir no cenário processual brasileiro os denominados “recursos repetitivos” cuja técnica de julgamento atende à necessidade de eficácia da decisão sob o enfoque transindividual, mercê de imprimir metodologia apta a esvaziar o acervo incalculável dos Tribunais Superiores».

correspondiente Sección («*Seção*»), al tratarse de una materia especializada. En caso de ser una materia de incidencia general, el juicio tendrá lugar en la «Corte Especial».

Obsérvese que la elección hecha por el presidente o el vicepresidente del tribunal inferior (tribunal de justicia o federal) no vinculará al relator del tribunal superior, quien podrá seleccionar otros recursos representativos de la controversia y, además, podrá seleccionar también dos o más recursos representativos de la controversia para juzgar la cuestión de derecho independientemente de la iniciativa del presidente o del vicepresidente del tribunal inferior. El código es claro al afirmar que solamente «pueden ser seleccionados los recursos admisibles que contengan una argumentación abarcadora que discuta al respecto de la cuestión que deberá ser decidida» (art. 1.036, inc. 6, nuevo CPCbr).

Una vez constatada la existencia de una multiplicidad de recursos con fundamento en una idéntica cuestión de derecho, se proferirá una decisión de afectación en la cual se identificará con precisión la cuestión que será sometida a juicio y se determinará la suspensión del procesamiento de todos los procesos pendientes individuales y colectivos que traten sobre la cuestión y que se encuentren en trámite en el territorio nacional¹¹⁰; solamente se podrán seleccionar aquellos recursos admisibles que contengan una argumentación abarcadora que discuta la cuestión que ha de ser decidida.

La parte puede demostrar la distinción entre la cuestión que ha de ser decidida en el proceso y aquella que ha de ser juzgada en el recurso especial o extraordinario afectado y, de esa forma, continuar con el curso normal del proceso¹¹¹.

¹¹⁰ Se dispone que, seleccionados los recursos, el relator, en el tribunal superior, constata la presencia de los presupuestos (art. 1.037, novo CPCbr).

¹¹¹ El artículo 1.037 en su inciso 9 (novo CPCbr) establece que: «demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo». Y el inciso 10 explicita que el requerimiento al cual se refiere el inciso 9 será dirigido: «I- ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau; II- ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem; III- ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem; IV- ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado». Obsérvese que la otra parte será oída en cuanto al requerimiento de distinción en el caso concreto (art. 1.037, inc. 11, nuevo CPCbr).

En resumen, el nuevo CPCbr acotó el juzgamiento de recursos extraordinarios y especiales repetitivos en una misma subsección, siempre que hubiera una multiplicidad de recursos con fundamento en una idéntica cuestión de derecho. Estos recursos representativos de la controversia serán elevados al *Supremo Tribunal Federal* y al *Superior Tribunal de Justicia*, independientemente del juicio de admisibilidad, en tanto que se procede a la suspensión de los demás recursos hasta que haya un pronunciamiento definitivo del tribunal superior. El recurso representativo de la controversia suspende los recursos que traten sobre una controversia idéntica a la tratada en el tribunal superior y en los tribunales de segunda instancia de la jurisdicción. Se suspenden también los procesos que estuvieran en primera instancia en la jurisdicción competente en los cuales se discuta una idéntica controversia de derecho. Se podrá solicitar o admitir manifestaciones de personas, organismos o entidades con intereses en la controversia, tomando en cuenta la relevancia de la materia, y también se harán audiencias públicas para oír las deposiciones de las personas con experiencia y conocimientos en la materia de forma de instruir el procedimiento conforme al artículo 1.038 del nuevo CPCbr.

La decisión final del recurso representativo abarcará el análisis de los fundamentos relevantes de la tesis jurídica en discusión y será vinculante para los demás organismos, quienes deberán aplicar la tesis sustentada por el tribunal superior. El artículo 1.040 del nuevo CPCbr establece que publicada la sentencia de paradigma:

(...) III- Los procesos suspendidos en primera o segunda instancia de la jurisdicción [competente] retomarán su curso para su juzgamiento y la aplicación de la tesis sustentada por el tribunal superior;

IV- Si los recursos trataran sobre la cuestión relativa a la prestación de un servicio público objeto de concesión, permiso o autorización, el resultado del juicio será comunicado al órgano, ente u organismo regulador competente para fiscalizar la efectiva aplicación de la tesis adoptada por parte de los entes sujetos a la regulación.

Finalmente, cabe destacar que tanto el *Supremo Tribunal Federal* como el *Superior Tribunal de Justicia* pueden equivocarse al escoger cuáles casos serían relevantes para la defensa del ordenamiento jurídico, pero eso es un problema acerca del mérito de la causa y no acerca de los mecanismos procesales.

Se percibe que el mecanismo instituido en el nuevo CPCbr se preocupó de la vinculación expresa en relación con las demandas repetitivas de modo que la decisión de paradigma

estabiliza el caos causado en el ordenamiento jurídico en virtud de la existencia de decisiones divergentes que entran en conflicto.

Una única decisión judicial proferida en un recurso representativo tendrá el poder de fijar el entendimiento con respecto a determinada materia. En otras palabras, una única decisión es capaz de determinar la orientación que deberá ser seguida por todos los recursos que tengan la misma materia.

Se trata de una hipótesis en el ordenamiento jurídico brasileño donde una única decisión, principalmente de las Cortes Superiores, es decir, del *Supremo Tribunal Federal* y del *Superior Tribunal de Justicia*, es suficiente para consolidar un posicionamiento acerca de determinada tesis, en virtud de decisiones divergentes, o bien, es capaz de establecer un nuevo posicionamiento a pesar de decisiones convergentes en un sentido diametralmente opuesto.

El *Supremo Tribunal Federal* y también el *Superior Tribunal de Justicia* tienen el papel de buscar la interpretación exacta, única y verdadera de la ley con el fin de dar uniformidad a la jurisprudencia acerca de determinada materia, el primero en materia constitucional y el segundo en materia infraconstitucional.

Ambos tribunales ejercen el control de la actividad jurisdiccional para que predomine una uniformidad interpretativa y para que, en la medida de lo posible, determinada ley reciba la misma interpretación en juicios donde se litigue con idénticas condiciones fácticas relevantes.

2.2.8. Relevancia de los precedentes

Hay varios ejemplos recientes que pueden ser citados en el ámbito del *Supremo Tribunal Federal*, incluso antes de la entrada en vigor del nuevo CPCbr, en que una única decisión fue capaz de consolidar el entendimiento acerca de determinada materia.

Recientemente fue juzgado por el *Supremo Tribunal Federal* el recurso extraordinario RE 583.834/SC¹¹², interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) contra una sentencia de la Sala de Apelaciones Nro. 1 de Santa Catarina, que determinó la aplicación del nuevo texto correspondiente al artículo 29 de la Ley Nro. 8.231/91, introducido por la Ley Nro. 9.876/99, con respecto al beneficio jubilatorio concedido en un período anterior a la entrada en vigencia de esta ley, o sea, antes del 29 de noviembre de 1999.

La referida sentencia de la Sala de Apelaciones sostuvo la necesidad de realizar un nuevo cómputo de la renta mensual inicial del beneficio de pensión por invalidez, con la inclusión en el salario-de-beneficio de los salarios-de-contribución inmediatamente anteriores a la fecha de inicio del beneficio jubilatorio, considerándose, si fuera el caso, el salario-de-beneficio de la ayuda por enfermedad debidamente reajustado, tal como queda establecido en el inciso 5¹¹³ del artículo 29 de la Ley Nro. 8.213/91. Además, se

¹¹² “EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CARÁTER CONTRIBUTIVO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. COMPETÊNCIA REGULAMENTAR. LIMITES.

1. O caráter contributivo do regime geral da previdência social (*caput* do art. 201 da CF) a princípio impede a contagem de tempo ficto de contribuição.
2. O § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social – LBPS) é exceção razoável à regra proibitiva de tempo de contribuição ficto com apoio no inciso II do art. 55 da mesma Lei. E é aplicável somente às situações em que a aposentadoria por invalidez seja precedida do recebimento de auxílio-doença durante período de afastamento intercalado com atividade laborativa, em que há recolhimento da contribuição previdenciária. Entendimento, esse, que não foi modificado pela Lei nº 9.876/99.
3. O § 7º do art. 36 do Decreto nº 3.048/1999 não ultrapassou os limites da competência regulamentar porque apenas explicitou a adequada interpretação do inciso II e do § 5º do art. 29 em combinação com o inciso II do art. 55 e com os arts. 44 e 61, todos da Lei nº 8.213/1991.
4. A extensão de efeitos financeiros de lei nova a benefício previdenciário anterior à respectiva vigência ofende tanto o inciso XXXVI do art. 5º quanto o § 5º do art. 195 da Constituição Federal. Precedentes: RREE 416.827 e 415.454, ambos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes.
5. Recurso extraordinário com repercussão geral a que se dá provimento. (Recurso Extraordinário 583.834 Santa Catarina)».

¹¹³ Se dispone que: «Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e

consideró ilegal el artículo 36¹¹⁴ del Decreto Nro. 3.048/99 por entender que el decreto traspasó los límites de la competencia reglamentaria.

De acuerdo con la citada interpretación, el INSS debería revisar todos los beneficios de pensiones por invalidez inmediatamente precedidos de ayudas por enfermedad que ya hayan sido concedidos por la autoridad pertinente.

El Supremo, sin embargo, sostuvo el entendimiento de que solamente se deben considerar los valores recibidos a título de ayudas por enfermedad en el cómputo de la renta mensual del beneficio de pensión por invalidez, cuando el trabajo y la baja por invalidez se intercalaran antes de la referida pensión. Esto es así porque existiría un reconocimiento de las aportaciones previsionales durante el período que sirve de referencia para el cómputo de las ganancias; diferente es lo que acontece cuando la pensión por invalidez es precedida por un período continuo de baja de la actividad. Asimismo, el plenario del Supremo Tribunal, en otros casos semejantes, decidió que la extensión de los efectos financieros de una ley al beneficio previsional anterior a la respectiva vigencia viola tanto el inciso 36 del artículo 5 como también el inciso 5 del artículo 195 CFbr (RREE 416.827 SC y 583.834 SC).

Se puede hablar de una jurisprudencia formada en las instancias inferiores que fue radicalmente modificada ante el posicionamiento del Supremo Tribunal Federal, es decir, un único precedente fue suficiente para formar una orientación que deberá ser seguida sobre el tema discutido. En otras palabras, ya había decisiones divergentes de los tribunales con respecto al tema, y una única decisión proferida por el más alto tribunal fue suficiente para unificar el entendimiento al respecto de la materia.

Lo mismo ocurrió con las acciones propuestas ante la Justicia Federal, para rever la renta mensual del beneficio previsional de pensión por fallecimiento, con fundamento en la aplicación de las sucesivas alteraciones operadas en la renta mensual del referido beneficio por la Ley Nro. 8.213, de 1991, y la Nro. 9.032, de 1995.

bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo» (art. 29, inc. 5, Ley Nro. 8.213, de 24 de julio de 1991).

¹¹⁴ Así, se dispone que: «A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral» (art. 36, inc. 7, Decreto Nro. 3.048, de 6 de mayo de 1999).

El otorgamiento de algunas pensiones por fallecimiento, en función de la ley vigente en la época del aplazamiento, tenía por base un porcentual del 50%, más un 10% por dependiente hasta el límite del 100%. Sucesivas modificaciones legislativas, sin embargo, vieron una subida en esta proporcionalidad: primero hasta el 80%, según la Ley Nro. 8.213/91, y después hasta el 100%, conforme a la Ley Nro. 9.032/95. En virtud de esto, se emprendieron acciones judiciales para ajustar el coeficiente de cómputo de todas las pensiones a los dictámenes de las nuevas leyes.

Al decidir la cuestión de derecho, el *Supremo Tribunal Federal*, por medio de su Plenario, al juzgar los Recursos Extraordinarios RREE 415.454 y 416.827, sostuvo que el porcentual del 100% previsto en la Ley Nro. 9.032/95 debería aplicarse solamente en los casos acontecidos después de su publicación y no retroactivamente como se había decidido en innumerables procesos judiciales.

Posteriormente, este entendimiento fue objeto de la *súmula* Nro. 340, aprobada por la 3ª Sección del *Superior Tribunal de Justicia*, la cual estableció que: «La ley aplicable al otorgamiento de una pensión previsional por fallecimiento es aquella que estuviera vigente en la fecha del óbito del asegurado».

Así pues, una única decisión del Plenario del Supremo sostuvo el entendimiento que será seguido por las instancias inferiores, a pesar de la existencia de jurisprudencia de los tribunales formada en sentido diametralmente opuesto.

Se verifica así la posibilidad de que un único precedente sirva de norte para el establecimiento de un entendimiento y, consecuentemente, sea esa la única decisión suficiente para asegurar que la interpretación de la cuestión judicial que trate sobre idéntica materia sea adoptada en casos futuros.

Obsérvese que los operadores del derecho, en los casos de cierta complejidad y, principalmente, en los casos de demandas colectivas, estudian las decisiones jurisdiccionales de los tribunales en un intento por buscar el entendimiento dominante acerca de determinada materia.

Esta sistemática contribuye para que la aplicación de las leyes mantenga una determinada orientación, evitándose de esta manera, en la medida de lo posible, los males de la inestabilidad jurisprudencial.

Estos hechos demuestran que la orientación sustentada según el punto de vista de los tribunales superiores es de suma importancia como consecuencia de la estructura constitucional piramidal que caracteriza la interpretación del derecho realizada por dichos tribunales, ya que resulta al menos coherente que su producto sea potencializado en relación con los demás órganos jurisdiccionales, conforme se analizará en el siguiente capítulo (Camargo Mancuso 1999, 530)¹¹⁵.

¹¹⁵ Indica este autor que la expresión «derecho jurisprudencial» posee un sentido técnico-jurídico que significa la colección ordenada de acordadas consonantes y armónicas sobre una determinada materia en el ámbito de una determinada Justicia o de un determinado tribunal, lo que excluiría, por un lado, las sentencias, por el buen motivo de que pueden llegar a ser reformadas y, por otro lado, las acordadas minoritarias.

Capítulo III – Aspectos pragmáticos del análisis de la vinculación de la jurisprudencia

Los países que acompañan a la familia del *civil law* se basan en el derecho escrito, tanto codificado como sin codificar. Los precedentes y la jurisprudencia no son normalmente vinculantes en virtud del principio de legalidad, por lo cual el juez tiene el deber de decidir conforme al derecho escrito. Las decisiones deben estar fundamentadas con referencia al derecho escrito.

La seguridad y la previsibilidad de las decisiones jurídicas, obviamente, son valores anhelados, pero se supone que en este sistema tales valores se hacen realidad por medio del derecho y de su estricta aplicación por los jueces.

En un breve análisis histórico, el derecho en la familia del *civil law*, desde la antigüedad romana, se cimentó en los usos y las costumbres del pueblo. Con las invasiones germánicas, entre los siglos V y VI, el derecho local se enriqueció por las costumbres de los invasores, aunque los tribunales feudales continuaban decidiendo basándose en la experiencia y la tradición de los feudos.

Hacia el final del siglo XI (Mehren y Gordley 1977, 9)¹¹⁶, el derecho romano se volvió un objeto de inmensa atención para los estudiosos, pasando a coexistir dos derechos: el letrado, cultivado por los juristas en el ámbito académico, y el derecho vivo, de base consuetudinaria, practicado por los jueces populares. A partir del siglo XII, hay una ruptura en la mayor parte de Europa Occidental con la consecuente prevalencia de los juristas letrados en relación con los jueces populares. Al adaptar el antiguo derecho

¹¹⁶ Los autores esbozan una descripción acerca del crecimiento del *civil law* y argumentan que: Los jurisconsultos que iniciaron el estudio sistemático del Derecho romano se conocen comúnmente como los Glosadores. Su metodología consistía en explicar los textos individuales del *Corpus juris civilis* en un intento por reconciliarlos lógicamente con otros textos. Su producción literaria, por ende, consistió básicamente en notas breves o glosas con respecto a pasajes específicos en donde comparaban un texto con otro, analizaban alguna dificultad o sugerían una solución.

romano a la realidad medieval, se dio origen al sistema jurídico romano-germánico, denominado por los ingleses de *civil law*.

La rama del conocimiento que estudia el derecho, es decir, la jurisprudencia, se considera que surgió en este momento. Se utilizaba el método gramatical, o retórico o dialéctico, como base para analizar y estudiar en profundidad los textos. Estos estaban armonizados por medio de un complejo proceso de interpretación ya que no siempre había coherencia en los textos. Se pasó a elaborar innumerables compilaciones y códigos de leyes de contenido abstracto.

En verdad, los estudiosos le impusieron a ese material encontrado una forma sistemática de interpretación y el derecho fue absorbido enteramente por las universidades, destacándose la influencia de la doctrina del *civil law*, donde los textos legales eran el punto de partida de cualquier razonamiento jurídico (Wambier 2009, 132).

Así, el sistema romano-germánico es el denominado sistema del derecho escrito, teniendo en cuenta que la ley es su piedra fundamental, con la primacía del Poder Legislativo en la producción del derecho, con las universidades europeas dedicándose a un trabajo de revitalización, recopilación y reconstrucción de los fragmentos del derecho romano, motivo por el cual se acostumbra denominarlo el derecho de las universidades (Tostes 2004, 19).

Cabe destacar que el poder central estaba justificado o legitimado por la voluntad del pueblo, una de las principales concepciones que inspiraron a la Revolución Francesa. Este hecho fue la consecuencia de la gran desconfianza en relación con los jueces, existiendo la creencia profunda de que la voluntad del pueblo estaba efectivamente reflejada en la ley y de que esta debería ser respetada literalmente.

En otras palabras, cualquier problema sería resuelto por el formalismo de una deducción lógica del sistema para el caso concreto. Quien tenía a su cargo juzgar, el juzgador, se transformaba en un mero autómatas del silogismo judicial.

En consecuencia, los jueces tenían que obedecer la ley, ya que eran vistos como seres inanimados, actuando como si fueran la boca de la ley. Se entendía que si las decisiones judiciales estuvieran fundamentadas en la ley, se garantizaría así que la voluntad del pueblo fuese cumplida.

En Francia durante esta época del siglo XVIII se aspiraba a que las leyes fueran tan claras, completas y consistentes que el juez se limitaría a aplicarlas sin la necesidad de resolver ninguna duda. Las únicas cuestiones que serían objeto de debate en una actuación judicial serían las relacionadas con los hechos, que en aquella época estaban reservadas al jurado. Así pues, en los primeros años posteriores al inicio de la Revolución Francesa, esa era la práctica de pensamiento que utilizaban los tribunales franceses. De este modo se estableció el procedimiento de referencia legislativa (*référé législatif*), a través del cual los jueces podían consultar con el parlamento los casos excepcionales donde había dudas interpretativas. Este tipo de abordaje fue superado por la promulgación del Código Civil francés en 1804, el cual abolió la referencia legislativa (*référé législatif*) y dio margen para que hubiera por parte de los jueces la interpretación y la integración del derecho. El Tribunal de Casación asumió entonces la función de resolver las dudas interpretativas, asumiendo el papel anteriormente ejercido por el Poder Legislativo (Ferrerres Comella 2006, 70-71)¹¹⁷.

La familia del *civil law*, como es el caso del sistema jurídico-positivo brasileño y el español, se asentó fundamental y primordialmente en la ley, donde los órganos propios son investidos de competencia legislativa. Este es el denominado derecho escrito, que considera a la ley como su piedra fundacional y donde hay una primacía del Poder Legislativo en la producción del derecho. El sistema de rigidez de la ley es preferible a uno donde hubiera libertad de interpretación de los jueces (los jueces no interpretaban el texto) ya que la interpretación podría distorsionar el texto.

En esta línea de pensamiento, el juez precisa aplicar la ley, aun cuando se encuentre frente a omisiones o lagunas en la misma. A la juez ninguna otra función le es de su incumbencia salvo la de aplicar las leyes existentes, que este no puede alterar ni sustituir. Además, si

¹¹⁷ Ferrerres Comella añade que: «Así, cabe especular que si los revolucionarios franceses de finales del siglo XVIII no querían dejar en manos de los jueces la tarea de interpretar las leyes en los supuestos dudosos, ello se debía, en parte, a que estimaban que la interpretación del Derecho en tales casos incorpora inevitablemente un elemento “político”, un elemento que corresponde afrontar al Parlamento. Cuando se suprimió más tarde el *référé législatif*, fueron los tribunales los encargados de interpretar las leyes, asumiendo de este modo una tarea que inicialmente se había atribuido al órgano político representativo. Resultaría extraño, pues, que con estos antecedentes históricos los juristas franceses seguramente pensarían que los anglosajones pecan de ingenuidad cuando confían tanto en la posibilidad de llegar a respuestas correctas en los casos dudosos, a través del razonamiento jurídico» (Ferrerres Comella 2006, 74).

la ley presenta lagunas u omisiones, no le es lícito crear nuevas normas, bastando con recurrir a la analogía y a los principios generales del derecho, lo que significa que la norma así extraída ya se hallaría admitida en las normas expresas, es decir, las legislativas.

Y aun cuando se pudiera admitir que el juez pudiera crear nuevas normas en un caso concreto, deberíamos considerar que semejante atribución resulta de la ley y, además, que el precepto creado para cada caso no revestiría la fuerza de una norma general y obligatoria, pues el mismo juez podría aplicar distintos preceptos a casos idénticos y futuros si así lo entendiera (Ráo 2004, 293).

3.1. Contextualización del tema en la familia del *civil law*

Cumple dilucidar que el uso de las expresiones ampliamente generalizadas de los sistemas jurídicos del «*civil law*» y «*common law*» puede causar confusión. Pues la utilización de la expresión «sistema jurídico» comprende el conjunto establecido por normas jurídicas, procedimientos e instituciones. Así, por ejemplo, Brasil, España, Italia y Francia tienen sus propios sistemas jurídicos, que cuentan con un conjunto de instituciones, normas y procedimientos jurídicos diferenciados.

Sería conveniente utilizar la expresión «tradición jurídica» o, incluso «familia jurídica», puesto que, dentro de cada familia, *common law* y *civil law*, existen varios sistemas jurídicos en los que se puede observar claramente un núcleo duro muy parecido entre diversos países. Pese a este núcleo duro, existen diferencias entre los distintos países pertenecientes a una misma familia, por lo que no es posible afirmar la aplicación uniforme de cada familia jurídica (Garzone 1995, 3-4)¹¹⁸.

¹¹⁸ Garzone explica que: «(...) entre las principales familias jurídicas contemporáneas existentes en el mundo de hoy, la familia del Common Law comprende un grupo de naciones, la mayoría de habla inglesa (Irlanda, Australia, Canadá—salvo Quebec—, Nueva Zelanda, los Estados Unidos de Norteamérica—salvo Louisiana), donde las ciencias jurídicas extraen sus elementos básicos del Derecho inglés de Inglaterra (el sistema jurídico original del Common Law) y de la de aquellos países que la importaron; asimismo, el Common Law también ha sido recibido en parte en algunos países más allá de Europa que antaño estuvieron bajo dominio británico (por ej., la India o ciertas naciones musulmanas), donde se ha transformado y adaptado con motivo de su coexistencia con la tradición de civilizaciones anteriores.

No obstante, lo que se pretende demostrar es que ya no son aceptables los términos tradicionales con los que, durante mucho tiempo, se ha formulado la distinción entre los dos grupos de familias jurídicas, pues, en la actualidad, ambos se presentan profundamente modificados y tienden a modificaciones aún mayores.

En la medida en que empieza a diluirse la aparente claridad de los dos modelos y su diferenciación, el actual panorama de los ordenamientos jurídicos procesales cambia sensiblemente por el surgimiento y la creciente importancia de tendencias que ya no pueden confinarse en la clásica y estática clasificación de cada una de las familias como *common law* o *civil law*.

Una de estas tendencias es la innegable importancia que el uso de la jurisprudencia y el precedente tiene en el derecho de todos los sistemas jurídicos (Bell 2016, 127-145). En general, la familia jurídica del *common law*, entre los que destacan los sistemas jurídicos británico y norteamericano, se basa en el precedente. A su vez, en los países de la familia romano-germánica o *civil law* prima la ley, como es el caso de las naciones de la Europa Continental y América Latina, entre las que se incluyen España y Brasil.

Sin embargo, el papel de la jurisprudencia, tanto en los países que adoptan el sistema del *common law* como en aquellos de la familia romano-germánica, está atravesando cambios. En estos, por un lado, se tiende a valorar el papel de la jurisprudencia como

En efecto, el Derecho inglés ocupa un lugar preeminente dentro de la familia del Common Law. Esto no se debe solamente por el hecho de que Inglaterra sea el lugar donde el Common Law se desarrolló históricamente; en la actualidad sigue siendo, para muchos países, un Derecho modelo que, por supuesto, tal vez no sea posible seguirse efectivamente en diferentes puntos y con respecto a todos los casos, pero que aun así generalmente se respeta y toma en cuenta.» [Traducción libre de la autora.] Original: «among the major contemporary legal families found in the world today, the Common Law family comprises a group of countries, most of them English-speaking (Ireland, Australia, Canada except for Québec, New Zealand, the United States of America except for Louisiana), where legal science has drawn its basic elements from English law of England (the original common law legal system) and that of those countries into which it was imported; furthermore, the Common law has also been partially received in some extra-European countries formerly dominated by Great Britain (e.g. India or certain Muslim countries), where it has been transformed and adapted by reason of its co-existence with the tradition of previous civilizations. English law occupies in effect a pre-eminent place within the family of Common law. This is not so only because it was in England that the Common law was historically developed; today as well it continues to be, for many countries, a model law which may not, of course, on different points and in all respects, be actually followed, but which nonetheless is still generally respected and taken into consideration».

instrumento de manifestación y organización de los usos y costumbres de la sociedad, en perjuicio de la supremacía absoluta de la ley. Por otro lado, los países de la familia del *common law* abandonan este derecho exclusivamente consuetudinario y pasan a elaborar normas legislativas.

Michele Taruffo cita numerosos ejemplos de cambios en estos sistemas procesales principales, pues se produce una circulación entre modelos, sobre todo en lo que respecta a la influencia del modelo norteamericano, pues varios sistemas procesales de *civil law* tomaron de aquel la institución del jurado en el ámbito penal y la idea de imponer límites a la posibilidad de recurrir ante los tribunales supremos, entre otras cosas. Además, existe el caso paradigmático de Inglaterra que consagró las *Rules* de 1999, que hasta aquel momento eran ajenas a la tradición inglesa. Según el autor, los sistemas jurídicos cambiaban a un ritmo lento, pero principalmente «en sentido vertical», es decir, sufrían sus modificaciones dentro de su propio ordenamiento jurídico y según líneas históricas propias. El fenómeno más característico de las recientes evoluciones es el de las «interferencias horizontales» entre distintos sistemas jurídicos, o más precisamente, de la imitación de un sistema o modelo por otros, aunque derivados de experiencias históricas y líneas evolutivas muy heterogéneas. En otras palabras, se observa un complejo intercambio entre modelos, incluso entre las familias jurídicas de *common law* y *civil law* que según el autor los legisladores modernos que se ocupan seriamente de las reformas tienden a “tomar en préstamo” cuanto estiman que pueda resultar útil, valiéndose inclusive, de aquello que esté fuera de los modelos generales de pertinencia tradicional (Taruffo 2003, 153)¹¹⁹

¹¹⁹ Taruffo cita numerosos ejemplos, sobretodo en cuanto a la influencia: «del modelo norteamericano donde varios sistemas de civil law extraen de aquel modelo el sistema de jurado penal (como sucedió recientemente en España), la técnica de interrogatorio cruzado, la idea de establecer límites al recurso de apelar a tribunales superiores, las demandas colectivas (class actions), el uso de deposiciones escritas a semejanza de declaraciones juradas, etc. Incluso no faltan, si bien son menos frecuentes, las hipótesis que los legisladores del common law considerarán para los sistemas de la Europa Continental: el caso paradigmático es el de Inglaterra, el cual consagró, con las Rules de 1999, la idea de un Código Procesal, hasta aquel momento extraño a la tradición inglesa y que parece haber buscado inspiración en los modelos europeos, por ejemplo, en materia de medidas cautelares y de los poderes del juez en el proceso». [Traducción libre de la autora.] Texto Original «do modelo norte-americano onde vários sistemas de civil law extraíam daquele modelo o júri penal (como aconteceu recentemente na Espanha), a técnica do interrogatório cruzado, a ideia de pôr limites ao recurso às Cortes supremas, a class action, o uso de

Otro aspecto también importante son las consecuencias jurídicas de la globalización, pues aumentan las controversias transaccionales y se tiende a la uniformidad cultural (Mak 2013, 2-4)¹²⁰. En efecto, durante mucho tiempo, los litigios entre sujetos de distintas nacionalidades desempeñaron un papel marginal en el contencioso de los tribunales de los diferentes Estados-nación. Por un lado, dado el aumento del número de litigios en los que intervienen las partes de distintas nacionalidades como consecuencia del incremento de las relaciones jurídicas de la más diversa naturaleza, el «litigio tipo» empieza a tener un nuevo enfoque y no es solo aquel que afecta a personas sujetas al mismo ordenamiento nacional.

depoimentos escritos, à semelhança do affidavit etc. Não faltam todavia, conquanto bem menos frequentes, hipóteses em que os legisladores de common law olharam para os sistemas da Europa Continental: o caso paradigmático é o da Inglaterra, que consagrou, com a Rules de 1999, a ideia de um Código Processual, até aquele momento estranha à tradição inglesa, e que parece haver buscado inspiração nos modelos europeus, por exemplo em matéria de medidas cautelares e de poderes do juiz no processo»..

¹²⁰ Sobre el tema, Mak se pregunta: «por qué estudian los jueces fuentes legales originadas fuera de su sistema jurídica nacional y cómo argumentan a partir de estas fuentes al resolver los casos? Los tribunales de las más altas instancias se enfrentan a cambios importantes ante los efectos de la globalización. Los sistemas legales y los actores dentro de estos sistemas legales están crecientemente interconectados. Estas interconexiones han llevado ante los tribunales a un número creciente de casos con aspectos internacionales o foráneos. Inclusive los cambios sistémicos, tales como el desarrollo del ordenamiento legal europeo y el aumento de los instrumentos legales internacionales han obligado a los tribunales de las instancias superiores a desarrollar conocimientos especializados fuera de su propio sistema jurídico nacional. Al mismo tiempo, las reuniones de redes jurídicas transnacionales y la disponibilidad de fuentes legales foráneas, por ejemplo, a través de bases de datos en Internet, han facilitado y hecho natural que los jueces se interesen por desarrollos más allá de sus fronteras nacionales». [Traducción libre de la autora.] Original: «why do judges study legal sources with originated outside of their national legal system and how do they arguments from these sources in the deciding of cases? The highest national courts in Europe and North America are faced with important changes under the effects of globalization. Legal systems and actors within these legal systems are increasingly interconnected. These interconnections have brought an increasing number of cases with international or foreign aspects to the courts. Moreover, systemic changes, such as the development of the European legal order and the increase of international legal instruments, have obliged highest courts to develop expertise concerning the application of legal sources elaborated outside of their national legal system. At the same time, meetings in transnational judicial networks and the availability of foreign legal sources, for example through Internet databases, have made it easier and natural for judges to take an interest in developments outside of their national borders».

Por otro lado, la tendencia a la uniformidad cultural empieza a manifestarse en el ámbito de la cultura jurídica mediante la superación de las fronteras nacionales, además de la difusión y la circulación de cuestiones de orden general, como las garantías procesales, los derechos humanos y el justo proceso¹²¹. Es decir, se pone una mayor atención sobre ciertos datos constantes, presentes en todos los sistemas jurídicos, cuya existencia observan los estudiosos de cada uno de los ordenamientos nacionales para lograr su mejor aplicación.

La intención del presente capítulo es conectar a través del derecho comparativo el sentido común de determinados conceptos que abarcan todos los sistemas legales. En un estudio comparativo, hay una tendencia a equiparar la búsqueda de conceptos universales con el funcionalismo, es decir, la idea de que existen algunas necesidades comunes a todos los pueblos que se desarrollarán de maneras diferentes y no siempre a través de la ley. Mathias Siems (2014) sugiere que la ambición del derecho comparado es la de encontrar los patrones normativos que se reflejen en las prácticas sociales a través del

¹²¹ Rodolfo Sacco (2001, 43) aclara que: «la comparación, como cualquier otra ciencia, y en cuanto tal, pretende adquirir datos teóricos, independientemente de la ulterior utilización de estos datos. Obviamente, permanece como ciencia también cuando el operador recurre a esta buscando una posible circulación de modelos, después de haberlo evaluado bajo el atento análisis de los datos sofisticados ofrecidos por la ciencia, o cuando el científico proyecta, iluminado por su conocimiento crítico, la circulación del futuro, teniendo tales operaciones el elevado grado de legitimación conferido a la actividad práctica, esclarecida a la luz de la ciencia». [Traducción libre de la autora.] Original: «a comparação, como qualquer outra ciência, e enquanto tal, visa adquirir dados teóricos, independentemente de ulteriores utilizações destes dados. Obviamente, permanece ciência também quando o operador a ela recorre visando uma possível circulação de modelos, após tê-lo avaliado sob a atenta análise dos dados sofisticados oferecidos pela ciência, ou quando o cientista projeta, iluminado pelo seu conhecimento crítico, a circulação do futuro, têm tais operações o elevado grau de legitimação conferido à atividade prática, esclarecida à luz da ciência». Fletcher (1987, 351), a su vez, explica que: «Si bien el uso ritualizado del lenguaje tiene un lugar en la ley, carece de un papel en el derecho comparativo como tema académico. El hecho de repetir una teoría hasta que esta se vuelva un eslogan a duras penas vale como sustitución de una argumentación razonada. Lo que podemos esperar para el futuro de la teoría del derecho comparativo es que haya menos eslóganes metodológicos y un debate más razonado acerca de lo que aprendemos al dominar los detalles de otro sistema jurídico». [Traducción libre de la autora.] Original: «If the ritualized use of language has a place in the law, it has no role in comparative law as an academic subject. Repeating a theory until it becomes a slogan hardly substitutes for reasoned argument. What we can hope for in the theory of comparative law is fewer methodological slogans and more reasoned debate about what we learn from mastering the details of another legal system».

descubrimiento no solo de las reglas y las prácticas de los diferentes sistemas jurídicos, sino a través de los principios jurisdiccionales subyacentes a estos.

Las leyes operan en contextos específicos y eso introduce limitaciones en cuanto a su posible generalización, salvo a nivel de la especificidad dentro de la cual la mayoría de los operadores del derecho comparado actúan.

3.2. Diferencias y similitudes entre jurisprudencia y precedente

Hay por lo menos dos diferencias fundamentales entre los conceptos de precedente y de jurisprudencia. Una es de naturaleza cuantitativa y la otra, de naturaleza cualitativa. Desde el punto de vista cuantitativo, el precedente se refiere a una sola decisión, relativa a un caso en particular; en tanto que la jurisprudencia, al contrario, alude a una pluralidad de decisiones en varios y diferentes casos concretos. Desde el punto de vista cualitativo, el precedente proporciona una norma universalizable que puede aplicarse como criterio de decisión en casos sucesivos, en razón de una identidad o de una analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo; mientras que la jurisprudencia identifica una norma, la cual es presentada como un enunciado con carácter genérico, no existiendo en la mayoría de los casos un análisis comparativo de los hechos (Taruffo 2007b, 12).

La definición de precedente como «unas decisiones previas que funcionan como modelos para unas decisiones posteriores» (MacCormick y Summers 1997, 1)¹²² realza el carácter cualitativo, donde los fundamentos determinantes de una decisión judicial, proferida en un determinado proceso, serán empleados para construir la decisión de otro caso posterior.

Por otra parte, cabe destacar algunas acepciones del vocablo «jurisprudencia» que en el sentido común correspondería al producto (es decir, al resultado) final de la actividad jurisdiccional de determinado país (Camargo Mancuso 2010, 137). En este contexto estaría incluida en el referido concepto la sumatoria de las decisiones proferidas por los

¹²² Los referidos autores explican que existen: «decisiones anteriores que funcionan como modelos para decisiones posteriores».

órganos jurisdiccionales del Estado, de cualquier grado de jurisdicción, ya sea convergentes o divergentes, y sobre todo los asuntos sometidos a consideración del Poder Judicial. Ese conjunto de decisiones, en un determinado período de tiempo, formaría un conglomerado de pronunciamientos, si bien antagónicos, sobre las mismas cuestiones jurídicas. En un sentido más técnico, consistiría en una secuencia ordenada de decisiones judiciales constantes sobre determinada materia, proferidos en un tribunal dado o en cierta Justicia (Camargo Mancuso, 2010). En este concepto sería necesario, para configurar una jurisprudencia, la reiteración de decisiones judiciales uniformes sobre una misma materia, no siendo suficiente una decisión aislada; esto es así porque un único juzgado no sería suficiente para asegurar que la interpretación de la cuestión jurídica versada fuera predominantemente adoptada en casos futuros. Se destaca, de esta forma, el punto de vista cuantitativo de la jurisprudencia, donde hay necesidad de que haya un conjunto de decisiones sobre una determinada cuestión proferidas en el mismo sentido por los tribunales. Es lo que destaca Alfredo Buzaid (1985, 190-191), al afirmar que «cada juzgado no estatuye sino para un caso particular, pero la repetición de sentencias análogas permite afirmar que los hombres reconocen la existencia de una regla que impone la solución y que se ha de seguir en el futuro».

Al conceptualizar la jurisprudencia en su sentido jurídico, Rubens Limongi França (1999, 147-149) también argumenta que, para su conceptualización, se hace necesario un conjunto de decisiones uniformes de uno o varios tribunales, sobre una misma materia, de forma constante, reiterada e incluso pacífica.

Leonor Soriano distingue jurisprudencia y precedente de acuerdo con la mayor o menor carga argumentativa existente en la decisión. La jurisprudencia, según ella, son las decisiones jurisdiccionales de un órgano judicial, cuyo valor está determinado por el tratamiento jurídico recibido y, principalmente, por su función de tribunal de casación del órgano que dictó. Por otra parte, los precedentes serían decisiones jurisdiccionales de cualquier órgano judicial cuyo valor está determinado por su argumentación jurídica. Es decir que, según Soriano, la jurisprudencia y el precedente son formas de aproximar un mismo fenómeno jurídico: las decisiones jurisdiccionales anteriores (Moral Soriano 2000).

A pesar de que la referida autora establece que ambas son formas de aproximar un mismo fenómeno jurídico, se puede verificar que según Michele Taruffo (Taruffo 2007b), la

jurisprudencia permite la identificación de la norma, al enunciarse con un carácter más genérico de lo que ocurre con el precedente. Esto es así porque, por un lado, la jurisprudencia se contextualiza a través del análisis de decisiones anteriores en busca de determinar el modo en que un tribunal en particular, o unos tribunales en general, interpretan y aplican sus normas. Se identifica así una tendencia de cómo un tribunal decide con respecto a determinadas cuestiones sometidas al Poder Judicial. Por otro lado, el precedente proporciona una norma que deberá ser utilizada y aplicada en razón de una identidad o analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso.

Los enunciados extraídos de la jurisprudencia no incluyen un análisis detallado de los hechos que fueron objeto de discusión a lo largo del proceso, pero sí una subsunción del caso sucesivo a una regla general, de modo que la regla formulada por el precedente no se fundamente en la analogía de los hechos y sí en la referida regla de subsunción. Ese raciocinio jurídico seguido en los sistemas que componen la familia del *civil law* refleja la falta de atención a los hechos concretos de los procesos.

Se observa así que la jurisprudencia está situada entre la total abstracción de la norma y lo concreto del precedente, no pudiendo estar encuadrada como un precedente propiamente dicho, ni como una norma jurídica de total abstracción, por lo que es necesario un análisis de los precedentes derivados de diferentes órganos jurisdiccionales y de la legislación para su mejor comprensión, principalmente para delinear los límites de la jurisprudencia reiterada del tribunal y entender su concepto exacto.

El foco del presente trabajo será la jurisprudencia de los tribunales responsables de dictar la última palabra dentro de la estructura judicial. La obligatoriedad de su seguimiento dependerá de su percepción como fuente formal o directa del derecho, que será distinta dependiendo del ordenamiento jurídico que se trate y de la corriente dogmática de pensamiento que se analice.

Tal punto se muestra relevante según el punto de vista de la formación de la jurisprudencia por la actividad judicial desarrollada por los tribunales, teniendo en cuenta que los operadores del derecho, en los casos de cierta complejidad y, principalmente, en los casos de demandas en masa, procuran decisiones jurisdiccionales de los tribunales en un intento por buscar el entendimiento dominante acerca de determinada materia.

Este abordaje sistemático contribuye a que la aplicación de las leyes mantenga una determinada orientación, evitándose, en la medida de lo posible, los perjuicios de la inestabilidad jurisprudencial.

La jurisprudencia fundamentada según el prisma de los tribunales superiores se presenta así como de suma importancia a consecuencia de una estructura constitucional piramidal que caracteriza la interpretación del derecho realizada por estos, ya que resulta, al menos mínimamente, que su producto estará potencializado en relación a los demás órganos jurisdiccionales.

3.3. El precedente como una regla universalizable a la luz de Michele Taruffo

Es ahora cuando resulta importante la identificación hecha por Michele Taruffo en el sentido de que el precedente judicial debe estar conceptuado en cada ordenamiento jurídico, en función de una combinación de cuatro factores diferentes, o por la intersección de cuatro dimensiones. Cada una de esas dimensiones, que incluye varias posibilidades, grados y peculiaridades, existe (en mayor o menor intensidad) en cualquier legislación y será necesario pues establecer una teoría de precedente más amplia que sea capaz de definir cómo el precedente opera en los diversos contextos de ordenamiento (Taruffo 1994, 387-388).

Son ellas:

- a) la dimensión institucional del precedente;
- b) la dimensión objetiva del precedente;
- c) la dimensión estructural del precedente; y
- d) la dimensión de la eficacia.

En suma, el régimen del precedente opera en todo el sistema jurídico, a partir de la integración de varios factores, que pueden ser clasificados en estos vectores citados anteriormente, o sea, cabe reconocer la doctrina del precedente como un fenómeno

generalizado e infiltrado de forma unitaria y común en los diversos ordenamientos jurídicos con las debidas correcciones necesarias, de acuerdo con las peculiaridades relevantes a cada sistema jurídico.

La característica principal del precedente es su capacidad de influenciar la decisión de casos sucesivos y, en consecuencia, garantizar una mayor seguridad jurídica en los ordenamientos jurídicos.

La primera de ellas es la dimensión institucional del precedente, que se analiza a la luz de la organización judicial y del análisis de la relación de subordinación de escalonamiento jerárquico entre los tribunales. Las decisiones judiciales se clasifican en esta dimensión como precedente vertical, horizontal y el «autoprecedente».

El precedente vertical se basa en la estructura burocrática de superposición de tribunales, siendo natural que el precedente del tribunal superior ejerza cierto grado de influencia en el ámbito de los tribunales y juzgados inferiores. Este es el caso de aplicación típica del precedente; esto es, cuando el juez sucesivo que debe decidir un caso idéntico o similar se coloca en un grado inferior en la jerarquía judicial.

Se hace hincapié en que, en ese caso, la fuerza del precedente se basa en la autoridad del órgano que emitió la decisión judicial, o sea, cuanto más elevado es el nivel del tribunal de donde emana el precedente, más influyente es su decisión. Los verdaderos «Tribunales de Precedentes» son los Tribunales Supremos, en los cuales las decisiones se imponen a todos los órganos judiciales de grado inferior (Taruffo 1994, 389 y sigs.).

En este punto, Michele Taruffo (Taruffo 1994, 389 y sigs.) establece una asociación entre la existencia de precedente y la estructura jerárquica del Poder Judicial. Esto podría llevar a la conclusión de que donde hubiese un precedente siempre existiría una jerarquía de los órganos judiciales, como ocurre en el precedente vertical. Cabe acotar que, en ese caso, la autoridad de la doctrina emanada de los precedentes de los Tribunales Supremos debe ser observada no solo por la autoridad de esos tribunales, derivada de la jerarquía, sino también por la misión específica que la propia Constitución les confiere como guardianes del primado de la ley y reveladores de su contenido.

El precedente horizontal es el proveniente de los órganos judiciales apostados en el mismo nivel jerárquico; posee una fuerza persuasiva y una eficacia relativa, sobre todo cuando examinan materia nueva.

El «autoprecedente», por regla general, también se impone como medida de coherencia, además de que está claro que la seguridad jurídica debe ser observada principalmente en los tribunales. Se trata de un caso peculiar e interesante del precedente horizontal, o sea, de los precedentes emanados del mismo tribunal que decide casos sucesivos.

El problema que se le puede presentar a cualquier juez, y más particularmente en relación con los Tribunales Supremos, es el cuestionamiento acerca de si estas reglas contenidas en los sentencias están vinculadas a sus propios precedentes, o deberían estarlo. Una respuesta afirmativa aquí parece justificada, principalmente basada en la necesidad de que casos iguales sean decididos del mismo modo por el mismo tribunal o el mismo juez. Un tribunal que cada día y sobre una misma cuestión cambia de entendimiento posee poca influencia y credibilidad (Taruffo 2007b, 718-719).

En segundo lugar, encontramos la dimensión objetiva del precedente, en lo que se refiere a la determinación de su influencia en la decisión de casos futuros, a través de la importancia de *ratio decidendi* y de las *obiter dicta*, que ya fueron analizadas en el capítulo referente al *common law*.

La dimensión estructural del precedente, en la clasificación expuesta por Michele Taruffo, menciona la posibilidad de que el precedente sea referido por una decisión sucesiva, y esta concepción puede estar insertada en cualquier ordenamiento jurídico.

Lo que se debe evitar terminantemente es la existencia de precedentes contradictorios que generen problemas que deban ser resueltos por el tribunal que tiene competencia para decidir un caso sucesivo, preferiblemente lo más rápido posible, por medio de técnicas reguladoras en busca de la uniformidad. En esa línea de raciocinio, se debe evitar el caos jurisprudencial que no conduce a la existencia de un firme posicionamiento acerca de una norma jurídica. En otras palabras, no habrá un precedente en sentido propio ya que, en esta total desarmonía de la jurisprudencia, ningún conjunto de decisiones puede ejercer influencia sobre los juzgamientos sucesivos.

Por fin, de acuerdo con la última clasificación, la eficacia del precedente deriva del grado de influencia que este ejerce en la decisión futura en un caso análogo sucesivo, que puede establecerse en una escala de eficacia de diversos grados.

El precedente tendrá eficacia vinculante en relación con los juzgados que, en situaciones análogas, les fueran supervinientes, o sea, deben ser observados por los juzgados en los casos futuros (*binding precedent*, en inglés).

Existe también el precedente con una eficacia intermedia que deberá también ser seguido, aunque estará sujeto a excepciones y limitaciones por lo que será posible su no observación cuando estuvieran presentes motivos admitidos en el ordenamiento jurídico y mediante la presentación de motivos razonables para el no seguimiento de la orientación fijada en el precedente (*defeasibly binding*, en inglés).

Por último, el precedente también puede tener una eficacia persuasiva de forma que orienta las decisiones posteriores (*weakly binding*, en inglés) (Taruffo 1994, 429)¹²³.

Patrícia Perrone Campos Mello agrupa las decisiones jurídicas en tres categorías principales al analizar la eficacia de los precedentes judiciales, a saber: precedentes con eficacia normativa, con eficacia impositiva y con eficacia persuasiva (Mello 2008, 62).

Los precedentes con eficacia normativa son aquellos que establecen un entendimiento que deberá ser obligatoriamente seguido en casos análogos, no solo proyectando sus efectos entre las partes de un caso concreto, sino fijando una orientación que será obligatoriamente seguida en todas las hipótesis semejantes, o sea, con respecto al *binding precedent*.

Según Mello, existen hipótesis que, aunque no deban ser seguidas obligatoriamente por los juzgados, su no aplicación es profundamente criticada y probablemente se someterá la sentencia a revisión; se trata de los precedentes dotados de eficacia impositiva intermedia, que pueden estar asociados al *defeasibly binding*. (Mello 2008, 63-66)¹²⁴.

¹²³ Explica el autor que el precedente es vinculante (*binding*, en inglés) cuando tiene eficacia vinculante y debe ser seguido. Puede ser *defeasibly binding* cuando debe ser seguido pero se puede apartar del mismo por un motivo razonable y, finalmente, será *weakly binding* cuando el mismo tenga efecto meramente persuasivo.

¹³⁷ La referida autora explica que los precedentes con eficacia impositiva intermedia pueden caracterizar un *decisum* normativo y ni tampoco pueden ser calificados como meramente persuasivo. Se trata de una eficacia más utilizada en el reconocimiento de una mayor fuerza impositiva consagrada a las decisiones en los tribunales, ya sea en virtud del grado de estabilidad que alcanzó, o bien ante la necesidad de promover la uniformización de las decisiones judiciales.

Finalmente, los precedentes con eficacia meramente persuasiva estarán presentes siempre que la invocación de un determinado juzgado se dé solo para los fines de persuasión del magistrado, asociándose al *weakly binding*.

Lo que se pretende demostrar es que el precedente opera de una forma o de otra, en todos los ordenamientos jurídicos, sin olvidar que en el sistema de *civil law*, lo que se torna relevante es el estudio del mismo dentro del contexto de la jurisprudencia.

3.4. La necesidad de unidad del ordenamiento jurídico

La necesidad de unidad es un valor deseado y está previsto en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos. Esto es así porque el ordenamiento jurídico es una totalidad normativa organizada, estructurada y dotada de muchas subestructuras u ordenamientos menores. Este pluralismo de ordenamientos menores y parciales ha de tener una unidad de sentido para poder constituir un todo sistemático y eficaz. Esa unidad de sentido está proporcionada por la Constitución en los países donde está en vigor el fortalecimiento de las normas constitucionales. Esto es así porque en la Constitución están proclamados los valores superiores del ordenamiento, las opciones políticas fundamentales, los principios jurídicos, las garantías de los derechos y del funcionamiento institucional y las reglas de la creación jurídica.

En ese sentido, Norberto Bobbio (1999, 71) explica que solamente es posible hablar de la unidad del ordenamiento jurídico cuando se presupone una norma fundamental con la cual se pueda, directa o indirectamente, relacionar todas las demás normas del sistema jurídico en cuestión.

Los aspectos que caracterizarán al derecho de Estado son: el derecho como unidad (el derecho unitario), el derecho como un sistema coherente de normas jurídicas y el derecho como un sistema completo de normas, resumiéndose en un todo unitario sistemáticamente organizado, que procede de un centro unitario en lo que concierne a la producción de normas (Royo 2003, 50 y sigs.).

La necesidad de unidad del ordenamiento deviene de la extraordinaria complejidad de los sistemas jurídicos modernos, donde coexiste una infinidad de normas y en las cuales las

fuentes del derecho son varias. La complejidad no excluye la unidad, pero exige que sea justificada y probada. Eso nos lleva a afirmar que la unidad del ordenamiento no es un presupuesto, sino un resultado (Royo 2003, 50 y sigs).

El concepto de sistema aplicado al derecho traduce la percepción racional y coherente de la adecuación de conexiones y conflictos valorativos y principiológicos, desarrollando dos funciones fundamentales (Canaris 1996, 71; Otero 2003, 209). En un primer momento, genera la obligatoriedad o vinculación de la citada adecuación axiológica para que todos los intérpretes y aplicadores del derecho puedan dar unidad interna al orden jurídico, lo que genera una función positiva al atribuir un sentido específico a cada acto del sistema jurídico.

En un momento posterior, nos hace reflexionar acerca de si cada acto se muestra o no axiológicamente adecuado y, en ese sentido, integrado en la unidad interna del derecho, lo que genera una función negativa, al determinar que sean eliminadas las incoherencias, contradicciones e incompatibilidades existentes dentro del sistema, en vista de que la aplicación del derecho pasa por la «concretización» constitutiva de la norma.

3.4.1. La orientación de la jurisprudencia y de los precedentes por medio de los principios constitucionales

El estudio de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho va más allá del objeto del presente trabajo teniendo en cuenta que analizaremos solo los aspectos esenciales que fundamentan los temas centrales, es decir, los valores y principios que se entrelazan para sustentar el razonamiento que se desarrollará con respecto al seguimiento de las decisiones judiciales en la familia del *civil law*.

En España, las características esenciales del Estado de Derecho se expresan en los artículos 1.1 y 9.3 CE¹²⁵. Dichos caracteres vinculan las funciones de interpretación y

¹²⁵ Se establece que: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1.1, CE). Asimismo: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables

aplicación del derecho, conforme al artículo 53.3 CE¹²⁶. Son los valores superiores del ordenamiento expresados en el artículo 1 CE, incluidos en una fórmula integradora, que funcionarán como estrato sustantivo y límite a la función legislativa ordinaria y a la función ejecutiva aplicativa del ordenamiento jurídico, posibilitando así el desarrollo de la justicia, la igualdad y el pluralismo político, notas características del Estado Social y Democrático de Derecho¹²⁷.

El artículo 1.1 CE¹²⁸ implica que los valores superiores allí citados están incluidos en el concepto de ordenamiento, por lo que son derecho. De ahí que no se pueda hablar de elementos suprapositivos que condicionan el derecho positivo, sin perjuicio de la virtualidad que esta inclusión tiene sobre todo el texto constitucional y el resto del ordenamiento. Esto es así por su localización dentro del articulado, y no en el preámbulo, y también por el uso de la expresión «ordenamiento jurídico» en el artículo 9.1 CE¹²⁹.

También podemos distinguir entre principios implícitos y explícitos del ordenamiento. Los principios constitucionales son explícitos y están reconocidos en los artículos 1.1 y 10.1 CE¹³⁰, entre otros citados por el texto constitucional. Tales principios, plasmados o recogidos en el texto constitucional, tienen una verdadera función directiva e informadora de la legislación y de la aplicación del sistema jurídico, que han de adaptarse a la norma

o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» (art. 9.3, CE).

¹²⁶ Se dispone que: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (art. 53.3, CE).

¹²⁷ Ver en el capítulo II del presente trabajo el tema relativo a la igualdad y la seguridad.

¹²⁸ Se establece que: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1.1, CE).

¹²⁹ Al respecto, véase Díaz Revorio (1997, 94). En contra, minoritariamente, por ejemplo, Verdú (1996). Se estipula que: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (art. 9.1, CE).

¹³⁰ Se dispone que: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1, CE).

suprema (Díez-Picazo y Gullón Ballesteros 1992, 141) (Alexy 1993, 81 y sigs., 147 y sigs.)^{131, 132}.

Sin embargo, resulta importante destacar que el propio Estado Democrático de Derecho impone nuevas perspectivas para un análisis del proceso. El llamado neoconstitucionalismo o pospositivismo parte de la premisa de que los principios constitucionales tienen fuerza normativa, lo que refuerza, en el derecho procesal civil, su carácter de instrumento para la implementación y la efectivización de los derechos y las garantías fundamentales.

A partir de una nueva hermenéutica constitucional, se tiene la premisa de que los principios insertados en la CE tienen fuerza normativa y jerárquicamente vinculan y legitiman toda la legislación infra legal¹³³.

De acuerdo con esa fase del constitucionalismo moderno, tanto la creación de leyes como también la interpretación y la aplicación del derecho positivo, sin importar la rama del derecho, deben hacer realidad («concretizar») los derechos y garantías fundamentales establecidos constitucionalmente.

Así pues, afirmar que los principios y normas constitucionales tienen fuerza normativa es reconocer que la CE¹³⁴ no es solo una carta de intenciones políticas y, con eso, se rompe con el derecho constitucional clásico, en el cual se visualizaban normas constitucionales programáticas que serían meras declaraciones o programaciones despojadas de aplicación inmediata y, por eso, desprovistas de eficacia normativa.

Se deja de considerar a la Carta Magna como un mero ideario político del dirigente ocasional para considerarla como un estatuto normativo dotado de superioridad jurídica,

¹³¹ En la doctrina española, entre otros, Ollero Tassara (1987, 394 y sigs.).

¹³² La doctrina brasileña sobre los valores y principios no es muy distinta de la española, estructurándose de la misma forma. Pondremos de relieve los aspectos más relevantes que puedan, de alguna manera, diferenciar y tener relevancia entre los dos sistemas jurídicos. Así que debemos citar los incisos 1 y 2 del artículo 5, CFbr, al disponer que las normas que definen derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata y que los derechos y garantías expresados en la Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados.

¹³³ Acerca del tema en el derecho brasileño, ver Bonavides (2008, 244-277); asimismo, Theodoro Júnior, y Nunes (2009, 108).

¹³⁴ Ocurre lo mismo en el sistema brasileño.

no solo formal sino material, sobre todo lo que resta del ordenamiento jurídico de una sociedad dada. Esto se conoce como la fuerza normativa suprema de la CE, según la cual las disposiciones del texto constitucional deben ser observadas como normas jurídicas superiores, no solo formal sino materialmente y, en el caso de que no sean observadas espontáneamente, deben ser impuestas por el Estado-Juez.

En otras palabras, esta nueva concepción se reflejó en el reconocimiento de que la Carta pasó a ser el centro del sistema jurídico. Hay así una constitucionalización del derecho que debe ser identificada con una irradiación axiológica de los valores y de los principios constitucionales para todo el ordenamiento vigente, según los cuales pasarían a condicionar la validez y el sentido de todas las normas del derecho infralegal.

Siguiendo este razonamiento, no se puede pretender el estudio del derecho procesal dissociado del contenido axiológico-normativo de los principios constitucionales que rigen el proceso en un Estado Democrático. El proceso no debe ser visto solamente como un instrumento para la resolución de conflictos, sino que debe ser ejercido con vistas a un efectivo desarrollo de los derechos fundamentales.

La fuente de la cual irradian los elementos fundantes del derecho procesal civil es, por lo tanto, la CE y, debido a esto, es la legislación infralegal la que debe ejercer un papel para hacer realidad («concretizar») los principios constitucionales, mostrando cómo el modelo principiológico debe funcionar en la práctica.

La interpretación en ese contexto tiene un significado decisivo para la consolidación y la preservación de la fuerza normativa de la Constitución de un país, por medio de la «concretización» de la proposición normativa dentro de las condiciones reales de una determinada situación (Hesse 1991, 22-23)¹³⁵.

¹³⁵ Según Hesse, la interpretación constitucional está sometida al principio de la óptima «concretización». Para este estudioso, ese principio no puede ser aplicado con los medios proporcionados por la subsunción lógica y por la construcción conceptual. Si el derecho y, particularmente, la Constitución, tienen su eficacia condicionada por los hechos concretos de la vida, no se imagina posible que la interpretación haga de estos tabla rasa. Esta ha de contemplar esos condicionantes, correlacionándolos con las proposiciones normativas de la Constitución. Una interpretación adecuada es aquella que consigue «concretizar» de forma excelente, el sentido normativo de la proposición normativa dentro de las condiciones reales dominantes en una determinada situación.

Así pues, si los principios constitucionales son el andamiaje que garantiza mínimamente que la jurisdicción se ejercerá respetando los valores inmanentes del Estado Democrático de Derecho, resulta evidente que el proceso debe reflejar tales valores.

Josep Aguiló Regla (2010, 21-22) señaló que en la estructura del sistema jurídico pospositivismo (Constitucionalista), los principios deben ser considerados más allá de las normas existentes. Esto es así porque las normas establecen una solución normativa, si bien a veces no indican en qué casos esta puede aplicarse. En estos casos, los principios sirven de guía para la comprensión de las normas¹³⁶.

De acuerdo con el pospositivismo, no habrá casos relevantes no regulados por la norma, o habrá casos difíciles donde la solución no surge directamente de la aplicación de la regla prevista en el sistema sino a través de la ponderación y el análisis de los principios. Existe la necesidad de buscar una solución a través de la respuesta a una cuestión práctica que requerirá el esfuerzo de una intensa actividad deliberativa y justificada. El referido autor explica que (Aguiló Regla 2010, 29):

Un caso es fácil cuando la solución es el resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente (lógicamente compatible) con las otras reglas del sistema y coherente (valorativamente compatible) con los principios del sistema. Por el contrario, un caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sin que haya que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa. Un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (juris-dictio decir el Derecho para el caso). Uno caso difícil exige deliberación práctica (juris-prudentia, ponderar el Derecho para el caso). Desde el nuevo paradigma, la discrecionalidad del sujeto llamado a resolver el caso, el aplicador, no se concibe ya como libertad en el sentido de permitido elegir cualquier opción, sino más bien en el sentido de responsabilidad, de ese tipo especial de deberes que llamamos responsabilidades. Por ello, cuanto más discrecional es un acto (menos reglado está) más justificación requiere.

¹³⁶ Aguiló Regla sostiene que: «Los principios, así entendidos, dotan de sentido las reglas. Permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resultados de un “balance, ponderación o compromiso” entre principios para el caso (genérico) que ellas regulan. Guiar la conducta mediante principios y/o aplicar principios, al tratarse de normas abiertas, exige siempre deliberación práctica por parte de los sujetos normativos, de los destinatarios».

A través de ese raciocinio queda claro que el juez construye el significado del texto legal, considerando los valores tomados en cuenta por el tribunal, y en este sentido es perfectamente posible que a partir de un mismo dispositivo legal surjan interpretaciones diversas así como sentidos diversos. Esto es así porque el juez construye el significado de la norma, no la crea. Lo que no se permite es la perpetuación a largo plazo de interpretaciones diversas de un mismo dispositivo por expresa violación de los principios de la isonomía y la seguridad jurídica. Así pues, para preservar la coherencia y la integralidad del sistema constitucional, resulta fundamental el enfoque de los altos tribunales (Cortes) en este contexto como se verá cuando tratemos sobre el papel de los tribunales. Esto es así porque la jurisprudencia que presente variaciones y contradicciones no se mostrará apta para constituir una forma de expresión de derecho positivo.

Siendo así, lo que se pretende buscar es la demostración de algunos criterios armónicos de los valores de la seguridad y la justicia como forma de preservar la coherencia y la integridad del sistema constitucional, reflejando de este modo la importancia del papel de los altos tribunales (Cortes) en este contexto.

En este sentido, los tribunales, al construir el significado de la norma, ejercen una función típicamente jurisdiccional y deben buscar la tutela efectiva de forma de preservar la coherencia y la integridad del sistema constitucional.

En suma, cualquier sistema jurídico tiene como pilar esencial la necesidad de conocer la eficacia, o el alcance, y la interpretación de la norma jurídica aplicada por quien tiene la jurisdicción, y las dos grandes familias jurídicas en este punto son coincidentes en relación con los dos puntos que afectan directamente al juez y que serán examinados en el siguiente tema.

El primero de estos puntos se refiere a la certeza del derecho. No solamente el aspecto legal con respecto al procedimiento de creación, norma escrita y publicada, sino también sobre el aspecto judicial a través de lo previsto en las decisiones judiciales.

El segundo de los puntos versa sobre el tratamiento dado a los particulares que se encuentran en una misma situación jurídica y está intrínsecamente ligado con el principio de igualdad —y muy poco relacionado con el principio de independencia judicial.

3.4.2. En la búsqueda de la tutela efectiva: la decisión justa y la seguridad jurídica

La tarea de emitir una decisión justa en los días actuales se torna más difícil desde el punto de vista de las diferentes hipótesis de hecho y de derecho puestas a juicio para decidir acerca de un caso concreto. El problema de alcanzar la justicia en una decisión consiste en escoger la «mejor» decisión dentro del contexto disponible, o sea, dentro de la situación fáctica correspondiente a la controversia presentada ante el tribunal, y dentro del marco del reglamento jurídico-normativo previsto.

El maestro italiano Taruffo (1997, 319) propone la construcción de una «teoría de la decisión justa» mediante la combinación de tres criterios para la valoración del tratamiento de la justicia de la decisión. Los criterios serían, en primer lugar, una correcta elección e interpretación de la regla jurídica aplicable al caso concreto, y en segundo lugar, una comprensión correcta de los hechos relevantes para el caso, y por último, el empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a una decisión.

Según Taruffo, la elección y la interpretación de la norma deben ocurrir de forma correcta, puesto que una interpretación inadecuada o distinta a la norma con respecto al caso concreto no podrá conducir a una decisión justa. Una comprensión correcta de los hechos también resulta indispensable para alcanzar una decisión justa así como una valoración correcta del procedimiento adoptado para llegar a la decisión. La combinación de esos tres criterios en forma conjunta resultaría en una decisión justa.

Hecha esta exposición, se percibe que la justicia de la decisión no está garantizada solamente cuando se llega a una correcta elección de la norma o cuando la interpretación jurídica es la adecuada al caso concreto. Se hace necesaria también una debida comprensión de los hechos de la causa y la presencia de un proceso de carácter cooperativo y dialéctico en el cual se optimicen las garantías fundamentales de las partes.

Partiendo de esta premisa, se observa que la seguridad jurídica incide en la estructura y en la dinámica de funcionamiento del derecho como justicia procedimental. Es un valor que se refiere a los órganos que crean las normas y los procedimientos y a la dinámica de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, lo que despliega su carácter de control (Peces-Barba 1990, 14).

En el ordenamiento jurídico español, por causa de los artículos 1.1 y 9.3 CE, la seguridad jurídica, aunque no está positivada, podría deducirse de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho, insertada en un Estado que tendrá como fin superior la realización de la justicia, pero que también se caracterizará por la creación de un orden de seguridad jurídica (García de Enterría 1990; Hernández Gil 1982, 409-410)¹³⁷.

Sin embargo, el principio no se erige como un valor absoluto, pues su contenido y alcance también vienen delimitados por los demás principios constitucionales.

En este contexto, la tutela de los derechos que el proceso civil moderno busca promover repercute tanto en la protección de los derechos individuales o transindividuales afirmados por las partes mediante una decisión justa como en el fortalecimiento de la unidad del derecho mediante la afirmación del respeto a los precedentes jurídicos¹³⁸.

En consecuencia, el orden jurídico presenta algunos valores principales interdependientes: la seguridad, la previsibilidad y la estabilidad de las relaciones sociales

¹³⁷ Esto es diferente de lo que ocurre en España, pero sin consecuencias distintas. En Brasil, el principio se desprende de los fundamentos constitucionales: primero, por la interpretación deductiva de la cláusula del Estado de Derecho prevista en la CFbr:

«Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição».

Segundo, por la interpretación inductiva de los Derechos Fundamentales tales como aquellos de protección «do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5 inc. 36, CFbr: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”), do princípio da legalidade (art. 5 inc. 2, CFbr: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”)».

¹³⁸ Mitidiero (2014a) denomina dimensión particular de la tutela los derechos y la dimensión general de la tutela de los derechos.

están en un mismo plano, en tanto que la justicia¹³⁹ se contrapone a esos valores (Larenz 1985, 42 y sigs.). Tratar los casos con justicia y servir a la unidad del derecho son dos formas de ofrecer la tutela de los derechos, dirigiéndose tanto a las partes como a la sociedad en general. Tanto una decisión justa, acompañada de todas las técnicas ejecutivas adecuadas para su efectividad, como la formación y el respeto a los precedentes judiciales, conducen a la efectividad de la tutela de los derechos tan buscada por el proceso civil.

Los referidos valores contribuyen directa o indirectamente al bienestar humano, sin embargo, debe haber un equilibrio entre estos, sin perder de vista que un sistema que valora en grado excesivo la seguridad puede volverse inicuo y quedar desconectado de las legítimas expectativas y aspiraciones de justicia; como contrapartida, un orden jurídico que desprecie la seguridad acaba por instituir un ambiente de incertidumbre e imprevisión que impide el crecimiento personal de los individuos y dificulta las relaciones

¹³⁹ MacCormick (1994, 73-76) argumenta que: «Sigo a John Rawls al distinguir entre concepciones específicas de justicia y el concepto de justicia. La diferencia radica en que el concepto de justicia es abstracto y formal; el requisito de justicia formal reside en que tratemos a todos los casos de manera similar, y a casos diferentes de manera diferente, y darle a cada quien lo suyo; lo que brindan las diversas concepciones de justicia consiste en diferentes conjuntos de principios y/o normas a la luz de los cuales se determinará cuándo los casos son materialmente similares y cuándo son materialmente diferentes, y qué le cabe a cada persona (...). No obstante, es mínimamente el caso de que a este nivel la adhesión a un concepto formal de la justicia en sí mismo puede ser determinante con respecto a la forma de justificación de las decisiones. Resulta un aprendizaje trillado observar que la justicia formal brinda una buena razón para seguir los precedentes judiciales (...) En ejercicio de mis derechos, indudablemente adoptaría el punto de vista de que los jueces deberían adherir al principio de justicia formal como un requisito mínimo para ejercer la justicia sin más, y *a fortiori* “la justicia conforme a la ley”. Aún más, yo argumentaría de que este requisito que mira hacia adelante es incluso más restrictivo que su alternativa que mira hacia atrás, simplemente porque—como ya hemos visto—puede realmente haber un conflicto entre la forma de justicia que sigue el precedente y la justicia substantiva percibida en el caso de hoy. Dicho conflicto no puede, dada la naturaleza del caso, surgir cuando, libre de las restricciones impuestas por un estatuto sin ambigüedades o de un precedente con una eficacia directamente vinculante, yo decido el caso de hoy sabiendo que debo consecuentemente comprometerme a fijar fundamentos para decidir el caso de hoy y casos similares del futuro. No hay conflicto hoy, aunque los habrá en el futuro si hoy articulo fundamentos para la decisión que resulten encarnar algún tipo de injusticia substantiva o con respecto a otros fundamentos resulten inconvenientes o indeseables. Este es un motivo suficiente para ser cuidadoso en cuanto a cómo decido el caso de hoy.» [Traducción libre de la autora.]

sociales. Se debe establecer una armonía en el sistema jurídico consistente en un equilibrio eficiente entre la seguridad y la justicia.

Esto es así porque cuanto mayor sea la posibilidad conferida por el Poder Legislativo al Poder Judicial para que haga justicia en un caso concreto, mayor será la libertad conferida a quien vaya a aplicar el derecho y, consecuentemente habrá un mayor margen interpretativo. Aquí que se muestra fundamental el papel de los Tribunales Supremos.

Por otra parte, eliminar el espacio de intérprete con respecto a la adopción de determinada norma para un caso concreto puede volver inviable su actuación, ya que como se mencionó en el capítulo (la importancia y las características de la resolución judicial), la realidad contemporánea se presenta extremadamente mutable, siendo difícil regular las nuevas cuestiones al mismo ritmo en que estas surgen y son llevadas ante el Poder Judicial.

Así pues, hay una correlación: de un lado la seguridad jurídica, la previsibilidad y la estabilidad, y del otro lado, las reglas jurídicas, en la medida en que estas contribuyan para una mayor previsibilidad del sistema jurídico al vincular los efectos determinados y específicos pretendidos por el legislador.

Asimismo, hay una correlación: de un lado la aplicación de la idea de justicia y de otro lado las reglas jurídicas flexibles que presentan una indeterminación semántica (por ejemplo, la buena fe, las buenas costumbres, etc.) o los principios que aparecen como unos instrumentos eficientes para permitir una adaptación más libre a las infinitas posibilidades del caso concreto. Se abre así para el intérprete la posibilidad de adaptar el sentido general del efecto pretendido a las particularidades de la hipótesis examinada.

Podemos concluir en este contexto que la utilización del proceso civil como medio de tutela de los derechos necesita, por un lado, de una decisión justa, y por el otro lado, de la formación del precedente como una imposición del Estado Constitucional, siendo ambos de aplicación obligatoria.

Y en este contexto debemos observar que son fundamentales para guiar las decisiones judiciales formadoras de la jurisprudencia la consagración del principio de confianza como forma de fortalecimiento de la seguridad jurídica y la motivación de las decisiones judiciales como forma de transparencia en la aplicación uniforme de la ley.

De esa forma, cada cual debe desempeñar un papel diferenciado y singular con el fin de alcanzar la armonía deseada. No obstante, la ascendencia axiológica de los principios y su centralidad en el sistema, se analizarán en este tema qué soluciones se pueden emplear para demostrar un camino que consagre los valores mencionados.

3.4.3. La efectivización del principio de la seguridad jurídica a través del principio de la protección de la confianza

Es importante destacar que el desarrollo del Estado basado en el libre mercado determina la necesidad de que los operadores económicos y los agentes económico-sociales actúen en un contexto estable de regulación y ejecución del sistema legislativo para que se pueda hacer previsiones con un cierto margen de seguridad jurídica y de confianza o expectativa legítima en los poderes públicos.

El problema está en el hecho de que la multiplicidad de fundamentos constitucionales alternativos puede acarrear consecuencias equivocadas y confusas, perdiendo la figura sus contornos jurídicos exactos y, naturalmente, su eficacia y ámbito de aplicación. En esa línea, citamos la tesis más consistente: el principio de la protección de confianza surge del principio de seguridad jurídica¹⁴⁰ que, en general, supera la fase inicial de fundamentación articulándose, por lo común, con el principio de buena fe, en su aspecto objetivo.

En el ámbito administrativo, la protección de la confianza deberá ser sustentada cuando la Administración pretenda cambiar la situación jurídica por esta definida basándose en motivos que están en su ámbito de responsabilidad, es decir, en el proceso de aplicación del Derecho que ella misma desarrolla, siempre que el resultado no esté notoriamente distante de lo que el ordenamiento impone como razonable (García Luengo 2002, 171).

Javier García Luengo (2002) sostiene que la protección de la confianza es vista, principalmente, como un reflejo de la seguridad jurídica aplicada a la defensa de los

¹⁴⁰ Es la tesis predominante en el derecho alemán, una doctrina que seguimos por ser su fundamentación más sólida que las demás. Véanse García Luengo (2002, 35 y sigs., 183-201) y Castillo Blanco (1998, 165).

intereses legítimos de los ciudadanos. En esa línea, no sería un principio de naturaleza autónoma, sino una expresión del principio de la seguridad jurídica.

En verdad, el principio de la confianza representa, dentro del contexto descrito en los párrafos anteriores, una dimensión subjetiva del «plurisignificativo» principio de seguridad. Como hemos visto anteriormente, el principio de la Seguridad Jurídica deriva del Estado Democrático de Derecho, estando compuesto por un elemento objetivo que garantiza la continuidad y por un elemento subjetivo que busca la tutela de las expectativas legítimas del individuo.

Lo que importa y se presenta como el rasgo más relevante del presente trabajo es el reconocimiento del principio de confianza en el ordenamiento jurídico para proteger las expectativas legítimas de los individuos, principalmente del administrado (jurisdicionado en el ámbito jurisdiccional), contra cambios abruptos y frustrantes en las expectativas tenidas como legítimas; de ahí la importancia de las decisiones judiciales de los más altos tribunales.

3.4.4. Motivación de las decisiones judiciales como forma de transparencia del proceso y de orientación de la jurisprudencia (la aplicación uniforme de la ley): la igualdad

Dentro de este contexto, en que los juzgados asumen una fuerza para contribuir a la pacificación de los conflictos, por lo cual sus decisiones se expanden más allá del proceso, se reconoce la importancia de la argumentación y del debate para el establecimiento de un necesario consenso legitimador de la actividad del Poder Judicial.

La actuación jurisdiccional debe concordar con los actuales paradigmas del derecho procesal como instrumento de pacificación social de una sociedad pluralista y compleja, sin perder de vista que, en este estado del arte contemporáneo de las ciencias jurídicas, se exige demostrar claridad en la fundamentación de los criterios utilizados en la decisión judicial.

Caroline Schiele Manzor (2008, 198-199) coloca como deber del magistrado el actuar de forma de resolver los casos y los puntos controvertidos del derecho que se presenten,

siempre con el objetivo de obtener la paz judicial a través del convencimiento de sus decisiones de parte del público afectado por ellas. Para ello resulta necesario que sus decisiones estén impregnadas de fundamentos suficientes para obtener la credibilidad y el convencimiento esperados. En otros términos, el juez debe fundamentar sus decisiones judiciales a través de argumentos suficientes para lograr la convicción del público al cual está dirigido estas decisiones. Debe fundamentar su decisión teniendo en cuenta la prueba de los hechos presentados y su posterior calificación de manera que se permita situar correctamente la problemática de las reglas del derecho y, consecuentemente, conducir a una decisión definitiva del caso concreto tomando en cuenta las consecuencias extraídas de la decisión para casos posteriores.

El deber de fundamentación de la decisión es una condición para mostrar su validez, teniendo en cuenta que se está bajo la égida de un Estado Democrático que tiene como pilares e instrumentos de realización la transparencia y la publicidad de sus actos.

Dentro de este contexto, la CE consagra el derecho a la tutela jurídica efectiva en el artículo 24, pero este precepto no hace ninguna mención expresa ni referencia a la motivación. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en innumerables ocasiones menciona la obligatoriedad de la motivación de las decisiones como parte del derecho fundamental de los litigantes a la tutela efectiva garantizada en el artículo 24 CE. Además, la CE proclama formalmente la obligación de la motivación de las decisiones judiciales en el artículo 122.3, donde consta que «las sentencias serán siempre motivadas». La referencia solamente a un tipo de resolución judicial —«las sentencias»— delimitaría demasiado el ámbito de aplicación de esta obligación que interesa a todos los integrantes del Poder Judicial¹⁴¹.

¹⁴¹ En el ámbito del sistema jurídico brasileño, en el art. 93 inc. 9 CFbr se establece que: «todos los fallos de los órganos del Poder Judiciario serán públicos, y fundamentadas todas las decisiones, so pena de nulidades, pudiendo la ley limitar la presencia, en determinados actos, a las propias partes y a sus abogados, o solamente a estos, en casos en los cuales la preservación del derecho a la intimidad del interesado en el sigilo no perjudique el interés público a la información». [Traducción libre de la autora.] **Original:** «todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seu advogados, ou somente a estes, em caso nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação». De la norma se vislumbra el deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la publicidad de los actos del Poder Judicial, que puede estar condicionada por los

En este contexto, el deber de fundamentación, como si no bastase ser una norma constitucional de eficacia plena, puede ser llevado al principio del Estado de Derecho Democrático, que le sirve de soporte argumentativo para conferir un relieve especial. Se puede afirmar que las reglas atinentes al deber de fundamentación de las decisiones judiciales tratan de establecer, en el campo del Poder Judicial, los comportamientos necesarios para la promoción del estado ideal de cosas referido a dicho subprincipio¹⁴².

La legitimidad de la decisión judicial es, pues, argumentativa, debiéndose justificar para hacerla aceptable en una sociedad pluralista, y también porque la aplicación del derecho exige mucho más de lo que pueden proporcionar los procesos deductivos típicos de las operaciones de silogismo formal.

El deber de fundamentación es un procedimiento de exposición de motivos, que persigue dar racionalidad a la decisión y uno de sus objetivos¹⁴³, desde la óptica del principio de isonomía es garantizar la transparencia de las decisiones, la cual es una exigencia del Estado Democrático de Derecho y que posibilita el control de igualdad de tratamiento en la aplicación de la ley.

La transgresión del control ocurrirá cuando el Poder Judicial transgreda la igualdad de correspondencia que, como vimos, es la que se aplica en el control de la actuación jurisdiccional basándose en el principio de igualdad, en lo que se refiere a la necesidad de utilizar criterios similares en la resolución de los diversos casos idénticos de aplicación de la ley. Este es un reflejo de que la igualdad en la aplicación de la ley implica la exigencia de que situaciones de hecho iguales sean interpretadas de modo igual.

intereses públicos. Se trata de una regla general que permite excepciones y encuentra amparo en la propia CFbr, y más específicamente, en el inciso LX del artículo 5, el cual establece que la ley solo podrá restringir la publicidad de los actos procesales cuando la defensa de la intimidad o el interés social lo exigiera.

¹⁴² Acerca de las categorías normativa y de la distinción entre sobreprincipios, principios, reglas y postulados aplicables, véase Ávila (2003).

¹⁴³ El deber de fundamentación lógicamente se dirige también al autor de la decisión, puesto que asegura la reflexión de un poder decisorio y, además, posibilita el control de las decisiones judiciales a través del acceso a los motivos detrás de la decisión, permitiendo que se haga una opción consciente entre su aceptación o su impugnación. Asimismo, asegura un mayor cuidado en la exposición de los motivos detrás de la decisión, puesto que obliga a una ponderación más cuidadosa de los intereses en juego con una mayor atención en la elección de la mejor solución para el caso concreto.

A partir del momento en que la formación del precedente afecta el juzgamiento de otros procesos, el deber del magistrado de motivar sus decisiones tiene influencia en el enriquecimiento y la uniformización de la jurisprudencia, en la medida en que determinados casos llevados ante el Poder Judicial pasen a tener interés público.

Se añade, por último, el hecho de que el principio de la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley serían conceptos vacíos de contenido si no estuvieran optimizados en la práctica por la motivación de las decisiones judiciales, las cuales, a través de la argumentación, establecen patrones de conducta que han de ser seguidos.

3.5. El papel de los Tribunales <Supremos>

Partiendo de la premisa que la aplicación de los principios de la seguridad jurídica, de la igualdad en la aplicación de la ley, de la protección de la confianza legítima y la buena fe se entrelazan para fortalecer la necesidad de una uniformización de la jurisprudencia y de la utilización de mecanismos y técnicas reguladoras tendientes a efectivizarla.

Estos principios de fuerza obligatoria establecen patrones desde el punto de vista de la estabilidad y la continuidad del orden jurídico, así como de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta, mediante la previsibilidad objetiva (la seguridad objetiva) y a través de la seguridad de orientación, normativa en el sentido de que no habrá variaciones en los criterios al momento de resolver presupuestos similares. Sin embargo, por otra parte, el principio de igualdad de aplicación también obligatoria en el ordenamiento conduce al establecimiento del análisis del caso concreto de forma de garantizar que los factores sociales, religiosos, culturales, entre otros, sean analizados de forma de perseguir la búsqueda de una verdadera igualdad sustancial.

El Tribunal Constitucional Español se presenta como un órgano fuera del Poder Judicial y en calidad de intérprete de la Constitución desempeña un papel importante para afirmar la eficacia normativa de la Constitución en todos sus aspectos y hace esto no solamente a través del control de la constitucionalidad y el recurso de amparo, sino conforme a la interpretación que realizan en los procesos de su competencia de forma vinculante para todos los jueces y tribunales del Poder Judicial.

En el ámbito del referido Tribunal, tanto el legislador constitucional como el infralegal permitieron el establecimiento del referido tribunal como el intérprete supremo de la Constitución. Además, la Ley Orgánica del Poder Judicial expresamente dispone que la Constitución sea vinculante conforme a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional en todos los tipos de procesos. En este sentido, los jueces y los magistrados del Poder Judicial están sometidos al imperio de la ley conforme a lo dictado por dicho Tribunal Constitucional.

Entretanto, una cuestión que se plantea es acerca de la vinculación de la jurisprudencia o de la decisión judicial emanada de los tribunales del Poder Judicial, específicamente del Tribunal Supremo español.

En este punto, al analizar los precedentes en el sistema del *civil law*, Michele Taruffo (2007a) desarrolla la concepción del Tribunal <Supremo> ligada a una función creativa dirigida al futuro en contrapunto con los Tribunales de Tercera Instancia, de modo de permitir elecciones valorativas para una mejor interpretación de las normas, o sea, para una elección interpretativa más justa. Se acredita en el virtuosismo de las decisiones emanadas por los denominados Tribunales <Supremos>, responsables estos, según esta línea de razonamiento, de definir el sentido adecuado del texto legal, el cual estaría explicitado en la definición de *ratio decidendi* correspondiente al precedente judicial en ocasión del juzgamiento del caso.

Se hace hincapié en que la fuerza del precedente tiene como uno de sus pilares la autoridad y la influencia que se conectan con el órgano que emite la decisión judicial. En otros términos, cuanto más elevado sea el nivel del tribunal que emana el precedente, más influyente será su decisión. Sostiene así que los verdaderos tribunales de precedentes son los Tribunales <Supremos>, después aparecen los tribunales de apelación y así según la escala de jerarquización.

Algunos autores, siguiendo de cierta forma el raciocinio del profesor italiano, presentan los dos modelos que deberían seguirse¹⁴⁴ El primero sería el correspondiente a los

¹⁴⁴ Entre ellos, Mitidiero (2014b, 35-36). En la misma línea de razonamiento, Luiz Guilherme Marinoni (2014, 12) defiende que los precedentes obligatorios deben ser fijados por las Cortes Supremas que tienen incumbencia para atribuir sentido al Derecho y, consecuentemente, contribuir para su evolución mediante

Tribunales Superiores, donde se adopta una teoría cognitivista de interpretación, estando concebida la preexistencia de la norma jurídica. En otros términos, se controla la legislación de modo de imponer para todos los casos la exacta interpretación de la ley. Se forma a través de reiteradas decisiones en el mismo sentido y por eso no funcionan como fuente primaria del derecho. La composición del Tribunal Superior está comprendida por integrantes de la carrera jurídica y su competencia está basada en la ejecución de un control sobre la decisión recurrida (Mitidiero 2014b, 42-44).

La función nomofiláctica que conduce al modelo de Tribunal Superior es que hay apenas una reacción a una violación de derecho ya ocurrida, hay apenas una defensa de la legislación en virtud de decisiones judiciales contradictorias y discrepantes con su contexto. Tal hecho explica la naturalidad con que encaran la existencia de divergencias jurisprudenciales. Esto es así porque la declaración previa del sentido exacto de la ley es una mera consecuencia lógica del producto del legislador, que consiste en objetivar la tutela de la unidad del derecho objetivo; y tutelar esa uniformidad de interpretación que revela el sentido exacto de la ley es, en términos generales, preservar la intangibilidad de la norma instituida por el Parlamento (Calamandrei 1920)¹⁴⁵.

El otro modelo es el de los Tribunales <Supremos>, que están en la cima de la estructura judicial, como es el caso del *Supremo Tribunal Federal* de Brasil o los llamados tribunales constitucionales —estos últimos excluidos de la estructura del Poder Judicial, como es el caso del Tribunal Constitucional español. La característica básica sería orientar la aplicación del derecho, donde se destaca la práctica argumentativa. En este contexto, incumbiría a la Suprema Corte la función de atribuir sentido al derecho o de definir una interpretación adecuada del texto legal a través de la legitimación de la decisión judicial por medio de una argumentación racional (Marinoni 2014, 64).

En el contexto de la práctica argumentativa, el primer punto que ha de destacarse es que en la familia *civil law*, la ley presenta un papel importante para la fijación de los principios y de los ideales de justicia. En principio, la interpretación no debería sumar nada a la ley,

decisiones que no pueden dejar de tener fuerza obligatoria en la medida en que agregan algo nuevo al orden jurídico.

¹⁴⁵ El referido autor italiano escribió al inicio de la segunda década del siglo pasado la evolución de la necesidad de atribuir al Tribunal de Casación la declaración del sentido exacto de la ley y de garantizar su interpretación uniforme.

buscando, apenas, por medio de métodos hermenéuticos, su verdadero sentido. Se observa, con todo, que por no estar en contacto con los conflictos judiciales que se manifiestan concretamente en los tribunales, el legislador no posee la rapidez exigida por la sociedad contemporánea para responder con éxito a los constantes y bruscos cambios del acontecer diario en lo social y económico.

Es incuestionable el distanciamiento del formalismo interpretativo frente a la gran evolución ocurrida en la teoría de la interpretación dentro del Poder Judicial, donde el juez está dotado de una agilidad que le permite, por medio de una demanda, adaptar las reglas jurídicas de forma inmediata. Al fin y al cabo, el juez interpreta la ley al aplicarlas (Zander 2015, 205-207)¹⁴⁶.

¹⁴⁶ En el *common law*, la discusión gira en torno a la interpretación judicial como forma de legislar. Así: «¿Pero ¿cómo puede uno describir el alcance de la creatividad judicial en la interpretación estatutaria? (...) cuanto mayor la amplitud de opciones disponible para el juez, mayor será su capacidad creativa en el plano jurídico en contraposición con su función de fundamentar conforme a la ley. Si el estatuto fuera una declaración de garantías constitucionales (*Bill of Rights*) con disposiciones de carácter amplio y textura abierta, el alcance de la legislación judicial sería extenso en comparación con las oportunidades ofrecidas por disposiciones cerradas de, digamos, una ley con respecto al impuesto sobre la renta. No había, sin embargo, ninguna pauta general que permitiera definir de manera útil el límite adecuado a la función creadora de los jueces con respecto a la interpretación estatutaria. Los jueces deberían ser abiertos y sensibles a las sutilezas y complejidades del lenguaje, a la falibilidad de los redactores y a la variedad de intereses que podría llegar a estar reflejada en los documentos jurídicos. Por una parte, [el juez] debe respetar los límites del lenguaje y evitar darle a los términos en conflicto un significado que no podrían razonablemente soportar. Los jueces no deben amenazar con competir con la legislatura, pero sí deberían reconocer que una interpretación inteligente necesariamente implicará una función creativa» (Zander 2015, 207). [Traducción libre de la autora.] Original: «But how can one describe the extent of judicial creativity in statutory interpretation? (...) the greater the range of choice open to the judge, the greater his law-making as opposed to his law-finding function. If the statute was a Bill of Rights with broad, open-texture provisions, the scope for judicial legislation would be vast compared with the opportunities offered by the tight provisions of, say, an income tax Act. There was, however, no general way that the proper limit of the creative function of judges in statutory interpretation could usefully be defined. The judges should be open and sensitive to the subtleties and complexity of language, to the fallibility of draftsmen and to the variety of interests that may be reflected in legal documents. On the other hand, he must respect the limits of language and not place on the disputed words a meaning they would not fairly bear. The judges must not threaten to compete with the legislature, but they should recognize that intelligent interpretation necessarily involved a creative function» (Zander 2015, 207).

La interpretación de la norma jurídica es siempre realizada por el ser humano, sin perder de vista que es a este a quien le compete una elección subjetiva mediante el empleo de criterios exclusivamente formales. Sin embargo, las características sustanciales y coyunturales del sujeto interpretante, y del instrumental que este utilice, influyen todas en el momento de interpretar la norma. Es entonces cuando, al conformar el pensamiento del legislador que está contenido en la norma con la condición de la estructura mental del juez, surgen elementos nuevos mediante un proceso de deformación del pensamiento original del legislador, por lo que se comprueba de que no hay cómo eliminar el margen subjetivo en la función interpretativa ejercida por el ser humano (Jackson 1991, 143-144)¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Jackson analiza que: «El segundo precepto de la concepción positivista de la interpretación corresponde a la relación entre la interpretación y la toma de decisiones. Muchos de quienes avalan el silogismo normativo entienden que la interpretación es determinante para la toma de decisiones. Puesto que de acuerdo con este modelo, la toma de decisiones consiste en la aplicación deductiva de las normas jurídicas a los elementos de juicio que fueran encontrados como ejemplificantes de los hechos condicionantes de la norma que forma la premisa principal del silogismo, y la interpretación es el medio (en casos duros) para determinar cuál sería la premisa principal de ese silogismo. Por supuesto, hace tiempo que los realistas jurídicos han atacado este punto de vista. Pero su ataque es contingente, en vez de conceptual. La experiencia demuestra, argumentan estos [los realistas jurídicos] que la toma de decisiones con frecuencia se desvía del modelo para el silogismo normativo; los jueces, en realidad, deciden casos de acuerdo con fundamentos que difieren de la interpretación de la ley que ellos brindan por medio de argumentos justificatorios. Esta es una crítica contingente, que depende de cómo funcionan los sistemas jurídicos en particular. No hay nada en un argumento realista que sugiera que hay algo en la naturaleza de la adjudicación que hace que esta divergencia entre interpretación y la toma de decisiones sea inevitable. La semiótica, por otro lado, brinda fundamentos para concluir que la distinción entre la interpretación y la toma de decisiones es conceptual y no meramente contingente. Al proceder así, valida la creciente apreciación de Kelsen acerca de la distinción entre cognición y la voluntad. La interpretación, al menos tal como se la concibe en la traducción positivista, depende exclusivamente de la relación entre proposiciones (sus relaciones semánticas y sintácticas); la toma de decisiones contiene un elemento pragmático necesario: qué hacer con la gente». [Traducción libre de la autora.] Original: «The second tenet of the positivist conception of interpretation concerns the relationship between interpretation and decision-making. Many who endorse the normative syllogism take the view that interpretation is determinative of decision-making. For according to this model, decision-making consists in the deductive application of rules of law to facts which are found as instantiating the conditioning facts of the rule which forms the major premise of the syllogism, and interpretation is the means (in hard cases) of determining what the major premise of that syllogism is. Legal realists, of course, have long attacked this view. But their attack is contingent, rather than conceptual. Experience shows, they argue, that decision-making frequently diverges from the model

Enrico Tullio Liebman hace una distinción entre legislación y jurisdicción, en lo que concierne a la calidad del objeto con respecto al cual el legislador y el juez son llamados a pronunciarse: se trata de problemas abstractos para el legislador y problemas concretos para el juez, con la natural consecuencia de que el acto legislativo resuelve y es eficaz para una serie de casos futuros, en tanto que el acto jurisdiccional pone fin a una controversia concreta y es eficaz solo en relación a esta. Según explica Liebman, hay una clara distinción entre ambas funciones ya que el juez no tiene nada de legislador puesto que su tarea consiste en decidir casos concretos con actos eficaces exclusivamente en relación con aquel caso aisladamente considerado, aun cuando su acto pueda ser hasta cierto punto creativo. Añade el autor que el juez, al interpretar una norma, agrega a ella nuevos elementos y, con eso, no hay cómo eliminar un margen de subjetividad en la función interpretativa ejercida por el ser humano (Liebman 1986, 59).

Obsérvese que la decisión está considerada como el resultado de un proceso puramente lógico donde hay una cadena inexorable de premisas y conclusiones. Entretanto, en la realidad, según Calamandrei, los jueces son apenas humanos. El autor afirma (Calamandrei 1992, 84):

No sugiero, sin embargo, que se llega a la sentencia ciegamente y que la opinión es meramente un ejercicio de gimnasia mental, para hacer aparecer a la sentencia como el resultado de una lógica rigurosa cuando en realidad se llegó a esta de una manera puramente arbitraria; simplemente señalo que los sentimientos y la intuición desempeñan el papel principal dentro del «razonamiento» judicial de lo que es aparente para el lego. No es por

for the normative syllogism; judges actually decide cases on grounds different from the interpretation of the law which they give by way of justificatory argument. This is a contingent criticism, depending upon the workings of particular legal systems. There is nothing in the realist argument to suggest that there is something in the nature of adjudication which makes this divergence between interpretation and decision-making inevitable. Semiotics, on the other hand, provides grounds for concluding that the distinction between interpretation and decision-making is conceptual, and not merely contingent. In so doing, endorses Kelsen's increasing appreciation of the distinction between cognition and will. Interpretation, at least as it is conceived in the positivist tradition, depends exclusively upon the relationship between propositions (their semantic and syntactic relations); decision-making contains a necessary pragmatic element: what to do with people».

nada que la palabra «sentencia» (sentenza) deriva de la palabra «sentir»¹⁴⁸. [Traducción libre de la autora.]

De hecho, la objetividad total de la interpretación humana no sería posible ni siquiera en el caso de que el intérprete estuviese dotado de componentes físicos, psicológicos y culturales absolutamente idénticos al del legislador que redactó la norma, dado que el momento de la interpretación sería distinto al momento de la elaboración y esto en sí afectaría las condiciones extrínsecas del intérprete.

Tal constatación se evidencia también cuando no se puede descubrir un legislador en cuyo ánimo se pueda penetrar o cuya voluntad se pueda indagar; consecuentemente, en la formación de la ley, cooperan múltiples factores y una pluralidad de personas, por lo que el rigor de la ley es el resultado de una voluntad colectiva¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Asimismo, Calamandrei (1992, 85-86) argumenta que: «(...) Todos los abogados saben que hay muchas más decisiones correctas que alegaciones principales que sean irrefutables, puesto que muchas veces, una vez que el tribunal de casación ha devuelto el caso al tribunal de origen para un nuevo juicio basándose en la endeblez de los fundamentos, el tribunal de instancia inferior se siente obligado a alcanzar la misma decisión, fundamentándola con una opinión más cuidada. Esto ocurre porque hay jueces cuya sensibilidad moral es mayor que su potencial intelectual, que intuitivamente se ciñen a la solución justa del conflicto, aunque carezcan de la agilidad dialéctica necesaria para probarlo. (...) Lo que sí afirmo, no obstante, es que el mejor juez es aquel en quien prevalece una humanidad asequible por encima de un intelectualismo cauteloso. El sentido de justicia—la cualidad innata que no guarda relación alguna con las técnicas jurídicas adquiridas que le posibilita al juez, tras conocer los hechos, sentir cuál de las partes está en lo cierto—es tan necesario para este como el hecho de tener un buen oído lo es para un músico; puesto que, si esta cualidad faltase, no habría ningún grado de preeminencia intelectual que pudiera compensar esta falta de manera adecuada». [Traducción libre de la autora.] Original: «(...) All lawyers know that there are many more correct decisions than there are irrefutable supporting arguments, for many times after the court of cassation has remanded a case for a new trial on the grounds of poor reasoning, the lower court has felt impelled to reach the same decision, backing it with a more careful opinion. This happens because there are judges whose moral sensibilities are greater than their intellectual prowess, who intuitively grasp the just solution of the conflict although they lack the dialectical agility necessary to demonstrate it. (...) I do say, however, that the best judge is the one in whom a ready humanity prevails over cautions intellectualism. A sense of justice, the innate quality bearing no relation to acquired legal techniques, which enables the judge after hearing the facts to feel which party is right, is as necessary to him as a good ear is to a musician; for, if this quality is wanting, no degree of intellectual pre-eminence will afford adequate compensation».

¹⁴⁹ Francesco Ferrara afirma que la actual concepción lleva al intérprete a buscar no aquello que el legislador quiso, sino aquello que aparece objetivamente querido en la ley: la *mens legis* y no la *mens legislatoris*.

Se observa que la ley, propiamente dicha, no está dirigida a uno u otro sujeto, sino que constituye una regla ordenada al bien común y, por eso mismo, ella no puede atender minucias ni responder inmediatamente a las múltiples gradaciones posibles de la relación jurídica que tiene como objeto disciplinar. La dificultad de previsibilidad por parte del legislador lo conduce a la edición de preceptos generales, con cláusulas abiertas, con la utilización de principios, considerados verdaderos mandamientos de optimización (Alexy 2011, 90-91).

Por otra parte, no pudiendo la ley dejar de ser impersonal y exigiendo la propia índole del derecho que las condiciones de cada caso no sean ignoradas, se hace necesaria la intervención del magistrado en la aplicación de la ley en el caso concreto (Jackson 1996, 251-252)¹⁵⁰ con el fin de adaptar la rigidez de la ley a las peculiaridades naturales de cada especie. De ahí surge la humanización de la ley.

Concluye que la ley debe ser interpretada en sí misma, como incorporando un pensamiento y una voluntad propia (Ferrara 2002, 20-21).

¹⁵⁰ Jackson analiza que: «En el discurso legislativo, el sentido de una legislación en particular se construirá en relación con partes de dicha legislación y de legislación en paralelo de donde surgen problemáticas en los pertinentes campos jurídicos. Este discurso del legislador está expresado a través de un lenguaje enteramente abstracto. Pero cuando el sentido del estatuto se construye en la mismísima sala del tribunal, en el contexto de la sentencia judicial, resulta imposible aislar la cuestión del sentido de la legislación del sentido de la prueba o del sentido de otros factores comunicativos que tienen lugar dentro de la misma sala del tribunal—e incluso llegan a afectar o vulnerar el funcionamiento de la sala, tales como los medios de comunicación. Aquí la actividad no consiste en una interpretación en abstracto, sino en alcanzar un fallo. En el mundo abstracto del legislador (y también, aunque con ciertas diferencias, en el del jurista) es posible que se pueda preguntar, en relación con alguna legislación, “¿qué significa?” Pero en el contexto de la sala de un tribunal y al dictar una sentencia, la pregunta necesariamente se reformulará: “Los hechos que se han discutido aquí, ¿se encauzan dentro del significado del estatuto?” La consecuencia de decidir esta pregunta de una forma u otra, tanto para las partes intervinientes en el juicio como para la sociedad en general, apenas puede excluirse de este proceso en el que se está construyendo un sentido. No —argumentarán muchos— no deberían ser excluidos». [Traducción libre de la autora.] Original: «In legislative discourse, the sense of a particular piece of legislation will be constructed in terms of parts of that legislation, and of parallel legislation which raises issues in pertinent legal fields. This discourse of the legislator is expressed in entirely abstract language. But when the sense of the statute is constructed in the courtroom, in the context of adjudication, it is impossible to isolate the question of the sense of the legislation from the sense of evidence or the sense of other communicative factors which take place within the courtroom itself -and even those affect or impinge upon the operation of the courtroom, such as the media. The activity here is not interpretation in the abstract, but rather adjudication. In the abstract world of the legislator (and also,

Se humaniza la ley porque hay que atender a los fines sociales a los cuales ella se dirige y a las exigencias del bien común, lo que significa decir que las leyes no pueden ser interpretadas por los tribunales de forma divorciada de esas metas, aplicándolas mediante una simple tarea de subsunción del hecho a la norma.

En este sentido parece concordar Andrés de La Oliva Santos, al afirmar que los jueces al ejecutar la aplicación de la ley realizan una obra de creación jurídica, esto es así porque la aplicación directa a los casos concretos no constituye ninguna operación mecánica y su aplicación necesita de algo que vaya más allá de considerar a los hechos como materia y al derecho como herramienta. De ese modo, el resultado de la aplicación del derecho al caso se presenta como una creación jurídica (Oliva Santos *et al.* 2016, 338-339).¹⁵¹

Mauro Cappelletti defiende que, incluso cuando el juez aplica una ley preexistente y la interpreta, hay una creatividad judicial que actúa entro de los límites de la norma, adaptando esta a la realidad social. Asimismo, según este autor, hay ventajas en contar con una función judicial más activa:

No se niega con esto que la ficción del carácter declarativo y «meramente» interpretativo de la función judicial pueda ofrecer, en ciertas circunstancias, algunas ventajas y tener ciertas justificaciones. Puede haber sido útil como instrumento dirigido a volver más visible las «virtudes pasivas» de la función judicial que, si bien no están efectivamente fundadas sobre la mencionada no-creatividad del proceso jurisdiccional, puede todavía parecer más evidente cuando el juez se presenta como una «boca inanimada de la ley». Parece claro, por otro lado, que actualmente las ventajas de esa ficción han sido ampliamente superadas por sus desventajas —especialmente en las sociedades democráticas, en las cuales el proceso legislativo se ha tornado particularmente lento, obstruido y pesado, forzando así a un aumento del grado de creatividad de la función judicial (Cappelletti 1993, 131-132). [Traducción libre de la autora.]

though with differences, that of the scholar) it may be possible to ask, of a piece of legislation, “what does it mean?” But in the context of the courtroom adjudication, the question is necessarily reformulated: “Do the facts here in dispute fall within the meaning of the statute?” The consequence of deciding that question one way or another, both for the immediate parties and for society more widely, can hardly be excluded from this process of the construction of sense. Not, many would argue, should they be so excluded».

¹⁵¹ Asimismo, se argumenta que: «[la] creación jurídica y fuente del derecho objetivo stricto sensu no son en modo alguno cosas iguales e idénticas. Por tanto, descubrir que la jurisprudencia es creación jurídica no conduce a recabar para la jurisprudencia el carácter de fuente de derecho objetivo».

Não se nega, com isto, que a ficção do caráter declarativo e «meramente» interpretativo da função judiciária possa oferecer, em certas circunstâncias, algumas vantagens e ter certas justificações. Ele pode ter sido útil como instrumento dirigido a tornar mais visível as «virtudes passivas» da função judiciária, que, embora não efetivamente fundadas sobre a mencionada não criatividade do processo jurisdicional, podem todavia parecer mais evidente quando o juiz se apresenta com a «inanimada boca da lei». Parece claro, por outro lado, que atualmente as vantagens dessa ficção são amplamente superadas pelas suas desvantagens —especialmente nas sociedades democráticas, nas quais o processo legislativo tornou-se particularmente lento, obstruído e pesado, forçando, por consequência, o aumento do grau de criatividade da função judiciária (Cappelletti 1993, 131-132).

En verdad, el referido autor parte del principio de que hay una fuerza creadora en la jurisprudencia, un dato fáctico que considera pacífico; sin embargo, propone ilustrar las razones en virtud de las cuales su influencia creció o se volvió cada vez más presente en la sociedad de nuestros días. Así pues, acredita que, en la interpretación hecha por los tribunales, hay un cierto grado de discrecionalidad y, en consecuencia, de creatividad al rellenar las lagunas previstas en la ley o en los textos de precedentes judiciales revestidos de fuerza vinculante, lo que hace que el acto del juez se vuelva inevitablemente creativo (Moreira 2001, 260)¹⁵².

Esta creatividad no viola, en principio, la división de los poderes porque el sistema preconizado apenas consigue conciliar la vida social y las exigencias de forma. Y, además, según Carlos Maximiliano, así como un químico combina distintos elementos y

¹⁵² El ilustre autor también reconoce que existiría una función creadora del juez, ya que este no se limita a utilizar normas prefabricadas, y argumenta que el: «juez como simple “boca de la ley”, soñado por la antigua doctrina, si alguna vez existió, es un difunto sepultado hace ya tiempo. Hay límites, sin embargo, para semejante creación. El juez crea en los intersticios de la red normativa; no se le permite superponer a esta su fantasía, por mucho que haya abrevado en las fuentes más puras y esté impulsado por las más sagradas intenciones. El juez carece de legitimidad política para arrogarse con desparpajo el papel de legislador. Si, de acuerdo con la ley, tal o cual comportamiento está prohibido, no le compete al juez echar a un lago, sin más aquella prohibición, para conceder sus bendiciones a quien ha infringido [*la ley*]. Se equivocará si pusiera la decisión en términos estrictamente relacionados con la especie sub iudice; y se equivocará aún más si fuera a enunciar, a modo de fundamentación de la sentencia, el principio tendiente a absolver aquello que la ley condena». [Traducción libre de la autora.]

llega a un resultado independiente de su voluntad, así también el juez, ante ciertas relaciones de hechos y de normas jurídicas generales, obtiene una solución feliz, sin llegar a ser producto de su arbitrio. Según este autor, el juez actúa más como un investigador que como un creador, y su argucia se revela en no ceñirse a un texto, incompleto, para el caso, sino recurrir inteligentemente a una combinación (Maximiliano 2002, 40).

Dentro de este contexto, el Poder Judicial estaría impelido a manifestarse ante preceptos establecidos por el legislador que ensayasen una diversidad de interpretación, de modo de marcar un patrón normativo de conducta. Las decisiones pasan a tener importancia no solo desde el prisma de la resolución del caso concreto, sino como fijadoras de patrones de conducta.

El carácter creativo de las decisiones judiciales no parece derivar de la voluntad del propio legislador, sino de las circunstancias sociales y, principalmente, del hecho notorio e indiscutible de las sociedades contemporáneas que cada día se vuelven más dinámicas y en las cuales las innovaciones en las tecnologías y los comportamientos son la tónica (Guastini 2005, 123-125)¹⁵³.

Se observa que la preocupación de la doctrina en relación al tema de la jurisprudencia no se limita solo a la discusión acerca de su inclusión como fuente de derecho caracterizada por su eficacia vinculante (*binding precedent*, en inglés). A pesar de este aspecto nuclear, las nuevas indagaciones abarcan la necesidad de una ampliación y profundización del objeto de estudio del precedente, principalmente de los Tribunales. El foco del presente tema está direccionado hacia una prestación jurisdiccional como un todo, abarcando principalmente un análisis de cómo se ejerce la actividad judicante tanto en Brasil como en España.

¹⁵³ Guastini argumenta que: «Generalmente, los problemas fundamentales de toda interpretación textual nacen de la vaguedad y de la ambigüedad de los textos sujetos a interpretación. La vaguedad concierne al significado y por lo tanto a la semántica de los vocablos y de los sintagmas. La ambigüedad, a su vez, puede depender del significado de los vocablos y de los sintagmas (ambigüedad semántica) de la sintaxis de los enunciados (ambigüedad sintáctica), o del contexto en que se usan los enunciados (ambigüedad pragmática)». Y continúa: «la vaguedad es, entonces, una propiedad de la referencia de los predicados. Un predicado es vago siempre que la pregunta ¿a qué cosa se refiere? admita una respuesta dudosa. Es obviamente vago, por ejemplo, un predicado como “jóvenes” (¿Cuántos años se deben tener para no seguir siendo jóvenes?) o como calvo (¿Cuántos cabellos se necesitan perder para ser calvo?)».

En este contexto, el Tribunal Supremo estaría abierto a la lógica argumentativa que no correspondería a la concepción de Calamandrei. En la visión del maestro italiano, el juez simplemente aplica la ley en el caso concreto y declara oficialmente la verdadera interpretación de la ley en nombre de la unidad del derecho objetivo. Hay una tutela de la ley a través de un sistema para la corrección de las decisiones dirigidas hacia el pasado, y a través de la uniformidad de la jurisprudencia al revelar el sentido exacto de la ley, constituyendo un parámetro para la corrección de esas decisiones. Dentro de este ámbito, la uniformización de la interpretación tiene como objetivo garantizar la unidad del derecho objetivo y, por mera consecuencia, la igualdad de todos ante la ley (Calamandrei 1920)¹⁵⁴.

Al Tribunal <Supremo> le incumbiría definir el sentido adecuado obtenido del texto legal a través de la práctica argumentativa, con una elección de los mejores motivos convincentes y con la presentación de soluciones que vinculen el orden jurídico. En los ordenamientos que acompañan a la familia del *civil law*, donde el primado de la ley no elimina la necesidad de la interpretación, la práctica argumentativa pasa a estar implicada en un proceso de adaptación de la norma al caso concreto, y no comprendida como descubrimiento del sentido del texto normativo.

En este contexto del Tribunal <Supremo>, la uniformidad no trata de tutelar la ley ni de declarar el sentido exacto de la ley para propiciar la uniformidad en las decisiones de los tribunales ordinarios. No se elabora un control de legalidad de las decisiones con un carácter meramente correctivo y retroactivo derivado de la declaración de la ley. Al contrario, se preocupa de la formación del precedente en el sentido de la definición del criterio decisional con autoridad ante los demás tribunales y con una garantía de igualdad ante el derecho revelado en la *ratio decidendi* de los precedentes.

Se propone una linealidad argumentativa de forma de respetar los entendimientos estabilizados para que realmente puedan ser percibidos como verdaderos precedentes capaces de generar este deber cooperativo normativo. En estos casos, los tribunales tendrían la última palabra acerca de la interpretación. Sin embargo, este hecho no podría tener el don de atiesar al Derecho, el cual se flexibilizaría mediante técnicas de superación (*overruling*) o de distinción (*distinguishing*), como se ha visto anteriormente en el

presente trabajo. Esto es así porque la estabilidad perseguida no significa una inmovilidad u obcecación argumentativa. La que debe ser respetada es la historia institucional de modo de llegar a imponer una racionalidad crítica con el pasado y una necesidad de ir en la búsqueda de un compromiso con el presente y el futuro (Dworkin 1986, 228)¹⁵⁵. En

¹⁵⁵ Afirma Dworkin cuando se refiere a «the chain of law» que: «la interpretación creativa toma su estructura formal de la idea de la intención, y no (al menos no necesariamente) porque tiene por objeto descubrir los fines de cualquier persona o grupo histórico pero, dado que busca imponer el fin por sobre el texto o los datos o la tradición que se está interpretando (...)» Original: «creative interpretation takes its formal structure from the idea of intention, not (at least not necessarily) because it aims to discover the purposes of any particular historical person or group but because it aims to impose purpose over the text or data or tradition being interpreted (...)». Y continúa Dworkin (1986, 230-231) reflexionando que: «(...) Podemos, sin embargo, ahora de manera familiar dar alguna estructura a cualquier interpretación que adopte [el novelista], distinguiendo dos dimensiones para que encajen. La primera es lo que hemos estado llamando la dimensión del encaje. [El novelista] no puede adoptar cualquier interpretación, por muy compleja que esta fuera, si cree que no hubo autor alguno que se haya embarcado en la tarea de escribir una novel con varias lecturas de personajes, argumento, tema y punto que esa interpretación describe que hubiera podido escribir sustancialmente el texto que ha dado [*sic*]. Esto no significa que su interpretación deba encajar cada trozo del texto. No se la descalifica sencillamente porque sostenga que algunas líneas o tropo sean accidentales, o incluso que algunos sucesos del argumento sean equivocaciones porque funcionan contra las ambiciones literarias que la interpretación señala. Pero la interpretación que asuma [el novelista] debe, no obstante, atravesar todo el texto; debe tener un poder general explicativo, y será defectuosa si deja sin explicar algún aspecto estructural de importancia del texto, un subargumento tratado como si tuviera una gran importancia dramática o una metáfora dominante y repetida. Si no puede hallarse una interpretación que no esté fallada de esa forma, entonces tendrá que conformarse [el novelista] con una interpretación que capture la mayor parte del texto, admitiendo que no es enteramente satisfactoria (...). La segunda dimensión de la interpretación le exige entonces que juzgue cuál de estas lecturas disponibles hace a la obra en ejecución mejor en su conjunto. A estas alturas, entran en juego los más sustanciales juicios estéticos [del novelista], acerca de la importancia o percepción o realismo o belleza de las distintas ideas que la novela pudiera llegar a expresar. Pero las consideraciones formales y estructurales que dominan en la primera dimensión están presentes también en la segunda, puesto que incluso cuando ninguna de las dos interpretaciones esté descalificada sin más por explicar muy poco, tal vez uno pueda mostrar el texto con mejores ojos porque este encaja más con el texto o brinda una integración más interesante de estilo y contenido (...)». Original: «(...) We can, however, in our now family way give some structure to any interpretation he adopts, by distinguishing two dimensions of fit. The first is what we have been calling the dimension of fit. He cannot adopt any interpretation, however complex, if he believes that no single author who set out to write a novel with various readings of character, plot, theme, and point that interpretation describes could have written substantially the text he has given. That does not mean his interpretation must fit every bit of text. It is not disqualified simply because he claims that some lines or tropes are accidental,

este aspecto existe un vínculo fuerte y coherente con la integridad tal como está prevista en el sistema del *common law*, a la vez que se deberá evitar el mantenimiento de elecciones hechas de forma anacrónica, disfuncionales y obsoletas que de alguna forma se hubieran perpetuado en el tiempo.

Cabe destacar que la cuestión que se presenta no es solamente en torno a la vinculación del precedente judicial como norma judicial o su paralelo como teoría del *stare decisis*. No se trata de una cuestión de creación judicial del derecho y sí de la vinculación de la interpretación dada por el Tribunal. Esto es así porque la familia del *civil law* no permite la creación judicial del derecho puesto que el juez está sometido al imperio de la ley. En este sentido, Francisco de P. Blasco Gascó argumenta que determinados principios constitucionales y derechos fundamentales, así como las normas de legislación ordinaria, fundamentan la creación jurisprudencial del derecho a través de mecanismos que sustentan la uniformidad y la unidad de los pronunciamientos judiciales con la utilización de los principios de justicia, de igualdad, de tutela efectiva (artículos 1.1, 8.3, 14 y 24 CE), así como de los recursos de casación por infracción a la doctrina del Tribunal Supremo (art. 47.3 LEC, de 7 de enero) y del recurso en interés de la ley para la unidad de la doctrina jurisdiccional (arts. 490 a 493 LEC, de 7 de enero). Se trata de una norma jurisprudencial, es decir (Blasco Gascó 2001):

Se trata de la que podemos llamar norma jurisprudencial: norma, en cuanto regla que determina las condiciones de ejecución de una operación o en cuanto regla que se debe seguir o las que se deben ajustar las acciones. Si se quiere, mandato que establece la forma

or even that some events of plot are mistakes because they work against the literary ambitions the interpretation states. But the interpretation he takes up must nevertheless flow throughout the text; it must have general explanatory power, and it is flawed if it leaves unexplained some major structural aspect of the text, a subplot treated as having great dramatic importance or a dominant and repeated metaphor. If no interpretation can be found that is not flawed in that way, then the chain novelist will not be able fully to meet his assignment; he will have to settle for an interpretation that captures most of the text, conceding that it is not wholly successful (...). The second dimension of interpretation then requires him to judge which of these eligible readings makes the work in progress best, all things considered. At this point his more substantive aesthetic judgments, about the importance or insight or realism or beauty of different ideas the novel might be taken to express, come into play. But the formal and structure considerations that dominate on the first dimension figure on the second as well, for even when neither of two interpretations is disqualified out of hand as explaining too little one may show the text in a better light because it fits more of the text or provides a more interesting integration of style and content (...)).».

en que han de interpretar-se las normas; jurisprudencial, en cuanto derivada o nacida de la consideración de un conjunto de casos concretos, lo cual no se puede confundir con la justicia del caso concreto. Efectivamente, es posible la distinción entre derecho judicial y derecho jurisprudencial. Aquel nace de la resolución del caso concreto, cuya *ratio decidendi* se configura norma jurídica de creación judicial, sin necesidad de reiteración. Derecho jurisprudencial, en cambio, es el derecho legal o, en general, el derivado de una norma jurídica (legal, consuetudinaria o extraída de un principio general) de acuerdo con una determinada interpretación judicial con voluntad de permanencia. Esta voluntad deriva, a su vez, de la reiteración en la interpretación de la norma o de una manifestación expresa (lo dice el tribunal o es sentencia del Pleno) o tácita (derivada de un expreso cambio de criterio jurisprudencial) del propio tribunal, sea *ratio* o sea *obiter* (Blasco Gascó 2001, 74-75).

Otro punto importante para hacer hincapié es que la existencia de un tribunal de precedentes sería una indicación del criterio funcional de donde se destaca la creación de precedentes vinculantes. El Tribunal Supremo estaría integrado por juristas de variados orígenes con la función principal de elaborar una justa interpretación de la norma de modo de orientar la aplicación del derecho, apareciendo el caso concreto apenas como un pretexto para la formación del precedente¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Aquí se debe hacer un paréntesis para analizar el acceso al Tribunal Constitucional español y *Supremo Tribunal Federal* brasileño. En España, el art. 159.3 CE dispone que los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y serán renovados en su tercera parte cada tres años. El art. 1 LOTC dispone que este tribunal es independiente en su función como intérprete supremo de la CE. Sin embargo, su composición depende de los poderes del Estado: de los doce miembros, cuatro son nominados por propuesta del Congreso de los Diputados, cuatro por el Senado, dos por el Gobierno de la Nación y dos por el Consejo General del Poder Judicial, órgano este independiente en su actuación pero con composición elegida por el poder político. En este sentido, dispone el art 122.3 CE: «3. El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un periodo de cinco años. De estos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión». Por otro lado, en Brasil, el *Supremo Tribunal Federal* es la más alta instancia del Poder Judicial brasileño y acumula competencias típicas de un tribunal constitucional (ya que juzga, por ejemplo, cuestiones de constitucionalidad independiente de litigios concretos), sin perder de vista que su función institucional fundamental es servir de guardián de la CFbr. Los once jueces del tribunal son llamados «ministros», a pesar de que el cargo no guarda relación

En otros términos, los factores institucionales interfieren en la atribución del efecto vinculante del precedente y su utilización está extremadamente interconectada con la estructura del Poder Judicial, como se explicó anteriormente. Se trata de una estrategia estatal y es una de las formas de gestionar el trabajo de los tribunales de mayor jerarquía, a través de definiciones de finalidades estratégicas en la elección de las materias y de los casos que consideren más importantes desde el punto de vista institucional.

Se observa que el carácter vinculante del precedente judicial se posiciona también como un producto de una estrategia estatal; y para alcanzar ese objetivo, utilizan métodos para gestionar la carga de trabajo de los tribunales de mayor jerarquía a través de algunas técnicas estratégicas.

Ante ese parámetro aparecen los Tribunales Constitucionales como verdaderos tribunales de interpretación y, en consecuencia, de precedentes, como es el caso del Tribunal Constitucional español. La cuestión central se presenta en saber si hay racionalidad en atribuir el mismo nivel al Tribunal Supremo español dado que está posicionado como tribunal en la cima del Poder Judicial, constituyéndose en tribunal de última instancia y estando sujetas al desempeño de funciones ligadas a la aplicación de la ley infralegal.

Obsérvese que la ausencia de racionalidad en los precedentes en los países que acompañan a la familia del *civil law* ocurre en virtud de una baja institucionalización en su trato y ante la ausencia de una búsqueda de una teoría normativa para su formación y aplicación, algo que poco a poco viene siendo fortalecido por la legislación tanto constitucional como infralegal. Solamente con la internalización de las ventajas de un uso discursivo y adecuado de los precedentes será posible encaminar la práctica de su uso.

No se pretende con el análisis del sistema de precedentes construir un mito de las virtudes de los tribunales (de precedentes). Lo que se pretende mostrar es que el uso de técnicas reguladoras destinadas para la uniformidad, así como las disposiciones legales previstas

ninguna con los ministros de gobierno y son escogidos por el Presidente de la República entre los ciudadanos mayores de 35 años y menos de 65, con un notable saber jurídico y una reputación intachable. Después de aprobada la elección por la mayoría absoluta del Senado Federal, los indicados son nominados por el Presidente de la República. El cargo es vitalicio y privativo de nacidos en Brasil y la edad para retirarse es obligatoriamente a los 75 años, ya que no tienen un mandato fijo (artículo 100 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias, incluido por la Enmienda Constitucional Nro. 88/2015).

en los ordenamientos jurídicos español y brasileño, se muestran con un gran potencial de utilización de modo racional de la jurisprudencia¹⁵⁷ mediante la utilización optimizada de las deliberaciones de los tribunales y la catalogación de sus decisiones. Tales hechos mejoran los referidos sistemas jurídicos patrios, ofreciendo una racionalidad normativa para la construcción de un modelo de precedentes basado en una pluralidad de litigiosidades y en conformidad con el proceso democrático.

3.6. Técnicas reguladoras destinadas para la uniformidad

La idea de uniformidad recuerda la unidad del derecho vista desde la perspectiva de los Tribunales a través de la búsqueda de una orientación para la sociedad como forma de promover la igualdad. Sobre el aspecto de control de la legalidad de las decisiones, se utiliza la uniformidad de la jurisprudencia en el sentido de la búsqueda del sentido exacto de la ley como forma de promover la defensa del derecho objetivo y de propiciar la uniformidad de las decisiones de los tribunales ordinarios.

De esta forma hay una tensión —y no propiamente una contradicción— entre los valores y los paradigmas divergentes¹⁵⁸, donde de un lado encontraríamos una concepción burocrática y sustancialmente autoritaria, que sería la tesis de la justicia universalista. El juez estaría vinculado para decidir de manera uniforme aplicando el criterio interpretativo de deducción de una regla general, teniendo en cuenta el caso concreto para encuadrarlo en el supuesto de hecho definido en la norma. En un sistema jurídico que consagra el modelo piramidal, habrá una mayor distancia con respecto al caso concreto a medida que subimos hacia la cima de la pirámide y, consecuentemente, se pierde de vista la realidad

¹⁵⁷ Mediante la utilización optimizada de las deliberaciones de los Tribunales y la catalogación de sus decisiones.

¹⁵⁸ GOMETZ (2012, 44) expone varias dudas con respecto a la vaguedad del significado de certeza del derecho. A saber: «(...) Consideremos, a modo de ejemplo, la definición muy difundida de certeza del derecho como posibilidad de prever reacciones de los órganos jurídicos respecto al comportamiento de los miembros. Y bien, una noción de este tipo es poco más determinada que aquella para la cual la justicia se da por vivir honestamente, no provocar daño a nadie, da a cada quien lo suyo».

(Taruffo 2014, 3-4). En otros términos, cuanto más rígida sea la adhesión al precedente en esta concepción, mayor será la utilización de la metodología deductiva.

Del otro lado existiría la concepción particularista, que en su versión extrema establece que la decisión del juez debería fundamentarse solamente en circunstancias particulares del caso concreto, sin ninguna referencia a las normas. No obstante, una versión del particularismo no excluye la posibilidad de que existan situaciones intermedias donde se conjugan las particularidades relevantes del caso y la identificación de reglas con propensión a ser universales capaces de ser aplicadas en otros casos (Taruffo 2014).

Así pues, hay por un lado una búsqueda de una orientación para la sociedad como forma de promover la igualdad, preferentemente a través de una visión particularista y, por el otro lado, la búsqueda del sentido exacto de la ley como forma de promover la defensa del derecho objetivo, preferentemente a partir de una visión universalista.

La respuesta jurídica dada ante un determinado caso pasa por el análisis que demuestra los caminos que han de ser recorridos por los juristas, en especial por los jueces de acuerdo con el sistema legislativo adoptado.

Compete así al legislador, a través de elecciones políticas propuestas en cada sistema jurídico, decidir el peso atribuido a la concepción universalista y a la concepción particularista (Bouvier 2012, 19 y sigs., 38 y sigs.; Pavlakos 2006). Una de esas opciones sería la utilización de técnicas reguladoras (o de los medios de impugnación de las decisiones judiciales) que demuestren identificar el papel de los Tribunales como órganos responsables de la tarea de asegurar la uniformidad.

De acuerdo con el valor atribuido a cada una de ellas, el legislador busca la uniformidad a través de técnicas adoptadas en distintos países, entre ellos, en Brasil, las *súmulas* vinculantes brasileñas y el incidente de resolución de demandas repetitivas, donde hay una previsión expresa de vinculación de la decisión judicial. En España, esto se hace a través del «Acuerdo del Pleno en lo jurisdiccional», que se analizará a continuación.

De acuerdo con el estudio de estas técnicas, comprenderemos mejor la importancia direccionada al Poder Judicial dentro de cada ordenamiento propuesto de forma de indagar acerca de la verdadera función de los Tribunales situados en la cima del sistema «piramidal».

3.6.1. Particularismo y universalismo: ¿una opción?

Antes de discurrir sobre las técnicas escogidas por el legislador en los ordenamientos jurídicos, resulta fundamental una comprensión exacta del significado de las concepciones universalistas y particularistas.

El presente tema no pretende corregir o solucionar el significado de una regla que puede ser vaga y general y sí medir su aplicación, que puede derivar de la regla y preservar su racionalidad formal, ya que en los países que acompañan la familia del *civil law* se presenta la ley como una fuente primaria del derecho.

El análisis del universalismo demuestra que esta forma de pensamiento niega la importancia del caso particular en favor de la regla que vaya a ser aplicada cuando fueran cumplidas las condiciones para su aplicabilidad. Esta visión ignora las circunstancias del caso particular, lo que aparentemente excluiría la aplicación del particularismo (Redondo 2015)¹⁵⁹.

La regla, partiendo del significado de la universalidad, siempre se aplicará cuando fueran atendidas las condiciones de su aplicación y, a partir de ese momento, se podrán hacer varios cuestionamientos. ¿Hay necesidad de decidir cada vez que fueran atendidas las condiciones de su aplicación? En caso afirmativo, ¿uno de los motivos particulares de la decisión podría ser el hecho en sí de que exista una regla?

Los abogados del sistema del *common law* analizan cada situación particular con sus particularidades y las cuestiones controvertidas son respondidas y confrontadas con un análisis del caso particular y no a través de la ejecución de las reglas.

Ambos no discrepan sobre el peso de la relevancia de sus razones o motivos y sí sobre su fuente o alcance, que para el universalismo la relevancia de los motivos es uniforme, invariable y, en este sentido, universal, por eso sus fuentes son normativas y se correlacionan con la presencia de ciertas propiedades o circunstancias y determinadas consecuencias deónticas. Ya en el particularismo la existencia de motivos es siempre

¹⁵⁹ Redondo (2015, 61-71) presenta de forma detallada la oposición entre universalismo y particularismo.

relativa a un caso concreto y no a normas universales. Cualquier propiedad relativa a una situación individual puede ser relevante y constituir un motivo, pero la relevancia es contextual y, en este sentido, particular.

Lo relevante del estudio del particularismo y del universalismo en el presente trabajo se refiere a la relevancia de los motivos o los fundamentos de la decisión y el razonamiento práctico utilizado para fundamentarlas, principalmente, la importancia de las propiedades o circunstancias relevantes.

En la versión universalista, los motivos o los fundamentos de la decisión están fundamentados en la norma universalmente válida. La ley contiene las condiciones universales que están correlacionadas con la presencia de ciertas propiedades o circunstancias con determinadas consecuencias deónticas.

En este punto, el particularismo reconoce que el dominio práctico de las grandes construcciones teóricas, generalistas, universalistas y abstractas son falibles porque casi todo depende de las circunstancias concretas del caso particular. En otras palabras, estas circunstancias están indeterminadas *ex ante* y, por eso, las respuestas para cada caso particular solo podrán ser conocidas *ex post facto*. En este sentido, en virtud de la imposibilidad de conocer de forma anticipada y de manera exhaustiva el conjunto de circunstancias, se cuestiona la posibilidad de la existencia de una regla como forma de guiar el comportamiento futuro de sus destinatarios.

Desde un punto de vista extremo, en el ámbito jurídico, serían incompatibles el modelo universalista y el modelo particularista (Celano 2005)¹⁶⁰ ya que la alternativa entre los dos modelos pasa efectivamente por una cuestión normativa acerca de los dos modelos de razonamiento.

Se cuestiona de esta forma la plausibilidad de la tesis particularista con la idea de regla, puesto que la regla está vinculada con la posibilidad de guiar el comportamiento futuro de sus destinatarios. Además, en virtud de la imposibilidad de conocer de forma anticipada y de manera exhaustiva el conjunto de circunstancias reguladas por la regla, determinados autores¹⁶¹ optan por la necesidad de modificar el concepto de regla. Este

¹⁶⁰ Celano es uno de los autores que sustenta la incompatibilidad de la coexistencia de las dos concepciones.

¹⁶¹ Entre ellos, Celano (2009, 437-480).

hecho ocurre porque las reglas no son ni pueden ser enunciados que cuantifican universalmente ex ante en virtud de la imposibilidad de saber anteriormente todas las circunstancias no previstas entre las condiciones de aplicación de la regla (Celano 2009).

La corrección o incorrección de la solución normativa propuesta por la regla solamente acontecerá post facto, es decir, solamente será posible emitir un veredicto acerca de cuál sería la solución correcta cuando hubiera un conocimiento exhaustivo de todas las circunstancias del caso. Este veredicto puede coincidir o no con la solución propuesta por la regla general formulada originalmente. En este sentido, serían las reglas generalizaciones que van del pasado hacia el futuro, siendo posible que exista en un caso concreto alguna circunstancia que, no estando prevista entre las condiciones de aplicación de la formulación de la regla, presente una solución normativa diferente o incompatible con respecto a la prevista por la generalización originalmente formulada por la regla.

En este punto, el particularismo rechaza la idea de que la regla universal conduce necesariamente a algo valioso, puesto que la naturaleza universalista de las reglas puede conducir a soluciones normativas injustas para los casos particulares. Esto es así porque la decisión solo sería justa si fuese posible conocer ex ante todas las circunstancias relevantes en la subsunción del caso particular a la regla general. Consecuentemente, en esa versión, la solución que toma en cuenta todos los trazos relevantes del caso es una solución «sustancialmente» mejor que una solución que no los tome en cuenta. En este punto, ¿el particularismo produciría mejores respuestas que el universalismo?

No pretendemos adentrarnos en el ámbito de la filosofía moral, donde este debate es relevante, y sí en el ámbito de la filosofía del derecho, en el sentido de que el derecho consiste en la aplicación de reglas y el particularismo se encuentra, o debería encontrarse, en el centro del debate; o en el sentido de que el particularismo está relacionado con el mundo del Derecho en la medida en que el Estado de Derecho asume la forma de que las reglas se presentan como generales y abstractas. De modo que, ¿sería el Estado de Derecho aparentemente incompatible con la concepción particularista? ¿Se encontraría el particularismo entre la necesidad de proporcionar algún tipo de guía de comportamiento ex ante y la necesidad de no guiarse por la arbitrariedad de los hechos observados por las circunstancias del caso concreto? ¿Se busca el mejor término entre la certeza y la arbitrariedad?

Cristina Redondo defiende que la diferencia fundamental entre la posición universalista y la particularista reside en el alcance de la relevancia (particular o universal) que cada una de ellas atribuye a los motivos con proyección en el ámbito de la teoría jurídica. Reconoce los dos modelos como ideales y coherentes, ya que el estudio del derecho desde una perspectiva general no está relacionado con una práctica argumentativa específica; por el contrario, hay diferentes prácticas de acuerdo con las familias jurídicas, tanto el *civil law* como el *common law*, donde de un lado sigue la regla en un sentido estricto y en el otro, en virtud de los hechos o de una expresa autorización jurídica, se utilizan técnicas que generan una flexibilidad en el sistema, como el instituto del *distinguishing*. Además, ambos reconocen que el motivo para la acción es un factor relevante que debe ser tenido en cuenta para una determinada acción (Redondo 2005, 29-32).

En el ámbito del particularismo, una característica relativa a un caso individual, dependiendo de las circunstancias, puede ser irrelevante o puede constituir un motivo a favor o en contra de la realización de una acción. Consecuentemente, los motivos de una acción en esta visión solo existen o pueden estar justificados en relación con cada situación en particular. En otras palabras, no están interesados en establecer formas legales en un sentido estricto, puesto que cada circunstancia puede adquirir o perder relevancia según las características concretas del caso individual.

Por otro lado, en la posición universalista los motivos están basados en normas uniformes e invariablemente relevantes. Estos motivos, aunque relevantes, pueden ser superables¹⁶²

¹⁶² Redondo (2005, 42) distingue entre dos tipos de derrotabilidad «Como vimos, la posición universalista admite que la forma lógica del condicional cuantificado universalmente captura exitosamente la idea según la cual las razones basadas en normas son uniforme e invariablemente relevantes. Sin embargo, esta relevancia estable o universal, que es parte esencial del concepto universalista de razón, no es sinónimo de fuerza absoluta o concluyente. Las razones, aunque universalmente relevantes, *pueden* ser derrotables o superables, es decir, pueden ser razones pro tanto. Esto invita a distinguir dos tipos de derrotabilidad. El primero hace referencia a una concepción de las normas y del razonamiento práctico apoyado en normas. En esta perspectiva las normas no tienen un antecedente cerrado y admiten siempre nuevas excepciones que alteran su identidad y, consecuentemente, su aplicabilidad. Este carácter (abierto o derrotable) del antecedente de la norma es apto para expresar el carácter no universalmente relevante de las propiedades en él previstas. Esto necesariamente se refleja en el carácter no deductivo del razonamiento práctico apoyado en tal tipo de normas. El segundo tipo de derrotabilidad, en cambio, no hace referencia a una concepción derrotable de las normas sino a la posibilidad de conflicto entre dos o más normas universalmente válidas, i.e. entre normas en sentido "estricto". En situaciones de conflicto, diversas normas,

porque a pesar de que la norma válida expresa el conjunto de propiedades relevantes, esto no significa que exprese todas las propiedades que pueden ser relevantes para el caso individual. Es más, se puede aplicar el modelo deductivo de razonamiento¹⁶³, que no debe ser el único como veremos en el próximo tema, puesto que pueden existir normas válidas incompatibles que se apliquen a una misma situación. En otras palabras, motivos o normas conflictivas sin la determinación de cuál de ellas prevalecerá en el caso de un conflicto. En ese caso, habrá que contrapesar los motivos en consideración, puesto que la presencia de un motivo universal es totalmente compatible con la presencia de otros motivos universales.

Además, Cristina Redondo (2005, 35-37) propone la noción de tres sentidos donde se identifica la norma como universal. El primer sentido es la generalidad semántica. Esta se caracteriza en un sentido universal cuando se refiere a una clase de circunstancias y no en un caso particular. El segundo sentido es la universalidad lógica. Las normas establecen una correlación entre la presencia de ciertas condiciones y una consecuencia deóntica; esto es así porque siempre que ocurran las condiciones mencionadas en la norma habrá una consecuencia lógica prevista por ella. Tanto en el sentido lógico como en el semántico, la universalidad de las normas establece relaciones universales entre ciertas propiedades de carácter obligatorio y un caso genérico identificado a través de propiedades universales. El tercer sentido hace referencia a la relevancia de las normas en la deliberación práctica, moral o jurídica. La norma, dada sus condiciones de aplicación, constituye un motivo uniforme e invariablemente relevante. Así pues, la identificación de un motivo uniforme e invariablemente relevante supone la relevancia de una norma semántica y lógicamente universal.

incompatibles entre sí, se aplican al mismo caso concreto y la resolución del mismo deja intactas la identidad y aplicabilidad de las normas involucradas».

¹⁶³ En el ámbito jurídico, cuando se razona de forma deductiva, la norma jurídica se toma como una premisa mayor, el hecho es tomado como una premisa menor y, en la conclusión, se aplica la norma al hecho concreto. Esto es lo que ocurre generalmente.

3.6.2. Reflejo del particularismo y el universalismo en la aplicación de los principios

El alcance del universalismo y del particularismo en el ámbito de la teoría jurídica recae en el debate sobre la diferencia entre reglas y principios jurídicos introducidos por Dworkin¹⁶⁴, sin perder de vista que la caracterización de los principios adquiere importancia en la medida de que normalmente se acepta que ese conjunto de normas se encuentra en la base de los ordenamientos jurídicos.

El comportamiento humano estaría guiado mediante reglas que ofrecen una respuesta directa a una pregunta práctica acerca de cómo se debe actuar ante ciertas circunstancias y, también, a través de los principios que establecen las propiedades o los hechos que deben ser tenidos en cuenta para que haya una decisión correcta, contribuyendo de esa forma con un determinado resultado¹⁶⁵.

En los países que acompañan a la familia del *civil law*, el principal objetivo del tribunal es resolver el caso particular, una disputa judicial y no emitir una norma que los tribunales puedan posteriormente fácilmente aceptar e identificar. La producción del precedente aparecería, consecuentemente, basada en la disputa judicial decidida de acuerdo con la ley. Y es a través de este punto de partida «de acuerdo con la ley» que las decisiones subsiguientes deben ser formuladas. En otras palabras, ambas decisiones judiciales, tanto la primera como la subsiguiente, se dictarán de acuerdo con la ley. En este sentido, Jeremy Waldron resalta la importancia de la generalidad de la norma en el caso extraído del *stare decisis* ya que la norma general extraída de la decisión judicial dictada en el primer caso

¹⁶⁴ Este tema fue analizado en este trabajo en el capítulo del *common law*.

¹⁶⁵ Redondo (2015, 84) argumenta que: «una posición particularista con respecto a las razones sostiene que los principios, en rigor, no son normativos. Ellos expresan generalizaciones empíricas y sirven para recordarnos que las propiedades son normalmente relevantes. En contraste, una posición universalista sostiene que los principios son un tipo especial de normas que establecen razones universales, i.e. propiedades invariablemente relevantes que deben ser tenidas en cuenta al momento de decidir cómo actuar».

es necesariamente parte de la ley con la cual el segundo caso será abordado (Waldron 2012, 32)¹⁶⁶.

En el ámbito de aplicación de los principios constitucionales, Bruno Celano (2015, 158-161)¹⁶⁷ defiende el particularismo para todos los casos de conflictos entre los principios

¹⁶⁶ Waldron explica que: «(...) si la justificación del stare decisis depende del imperio de la ley, lo mejor será comprender el impacto de los principios del estado de derecho sobre este tema en distintos estratos. Un principio, el principio de constancia, advierte contra revocar a la ligera tales precedentes como hemos hechos. Otro principio, el principio de generalidad, requiere que todos los jueces fundamenten sus decisiones en normas generales y que no las dejen simplemente como una proposición independiente. Otro (un principio de responsabilidad institucional) requiere que los jueces subsiguientes rebatan el empleo dado por los jueces precedentes de ciertas normas generales con el objeto de fundamentar sus decisiones. Y finalmente, un principio fundamental de fidelidad a la ley requiere que el juez precedente encare su decisión al máximo posible haciendo un intento por calcular el peso implícito de dicha ley existente como pueda haber en relación con el caso correspondiente. El juez calcula esto; lo formula en una norma general; un juez subsiguiente toma nota de la norma general que ha empleado su antecesor y desempeña su al establecerla como algo cuya generalidad es más que meramente una noción; y luego los jueces generalmente intentan mantener la constancia y la estabilidad del cuerpo del derecho que surge a partir de todo esto al no revocar a la ligera o demasiado seguido los precedentes. Esa es la modalidad en estratos mediante la cual, me parece, el imperio de la ley afecta a esta cuestión del stare decisis». [Traducción libre de la autora.] Original: «(...)If the justification of stare decisis does depend on the rule of law, it is best to understand the impact of rule-of-law principles on this matter in layers. One principle, the principle of constancy, counsels against lightly overturning such precedents as we have. Another principle, the principle of generality, requires all judges to base their decisions on general norms and not just leave them as free-standing particulars. Another (a principle of institutional responsibility) requires subsequent judges not to give the lie to the use by precedent judges of certain general norms to determine their decisions. And finally a fundamental principle of fidelity to law requires the precedent judge to approach her decision as far as she can by trying to figuring out the implicit bearing of such existing law as there is on the case in front here. She figures that out; she formulates it in a general norm; a subsequent judge takes note of the general norm that she has used and he plays his part in establishing it as something whose generality is more than merely notional; and then judges generally try to maintain the constancy and stability of the body of law that emerges from all this by not overturning precedents lightly or too often. That is the layered way in which, it seems to me, the rule of law bears on this question of stare decisis».

¹⁶⁷ Véase también Juan Ruiz Manero (2015, 121). Según este autor, hay «una defensa explícita del enfoque particularista para todos los casos de conflictos entre principios constitucionales y también, podríamos decir, una toma de posición proparticularista para el razonamiento jurídico en general (y, más allá, para todos los razonamientos prácticos)».

constitucionales, es decir, la prevalencia de principios eventualmente concurrentes estaría solucionada a través de la ponderación de las propiedades expuestas en el caso concreto.

Luigi Ferrajoli propone la tesis de que hay una solución prevista en abstracto para la mayoría de los conflictos entre principios¹⁶⁸ y considera que la ponderación relativa que tiene en cuenta las circunstancias genéricas constituye una práctica argumentativa que amplía indebidamente el margen de discrecionalidad judicial, comprometiendo y hasta mismo anulando la sujeción del juez a la ley. Esto es así porque la mayor parte de la colisión de principios es meramente aparente y, por eso, susceptible de soluciones abstractas en virtud de la jerarquización de los principios constitucionales que resultan válidas para cualquier caso posible, excepto para un número pequeño de cuestiones donde se aplica la ponderación equitativa. Es así que hay preponderancia de los derechos fundamentales de forma jerarquizada en abstracto para todos los casos posibles, exponiendo una fuerza normativa de ellos frente a los actos de particulares. Por otra parte, la solución de la colisión de derechos no jerarquizados en los textos constitucionales no surge de la ponderación de los principios teniendo en cuenta las características genéricas y sí de la ponderación de las circunstancias de los casos individuales; es así como se utiliza la terminología «ponderación equitativa», lo que no deja de ser una visión particularista.

La ponderación jurisdiccional, según Ferrajoli, coincide con una interpretación sistemática consistente en la interpretación del sentido de una norma a la luz de todas las demás del sistema. En relación a la regla, se aplicaría la subsunción de los hechos a la norma a través de la argumentación ordinaria; y en relación a los principios, se utilizaría la ponderación a través de la técnica argumentativa (Ferrajoli 2011, 43-53).

Obsérvese que el Tribunal Constitucional español establece un núcleo de patrón que ha de ser seguido en la ponderación de los principios, como en el ejemplo del juicio STC 7 de 2014.¹⁶⁹ En el caso de conflicto entre la libertad de información y el derecho de honra,

¹⁶⁸ En este sentido, la ponderación coincide con la idea de Robert Alexy cuando uno de los principios entra en colisión con un otro, uno de ellos debe ceder ante el otro. Véase Ferrajoli (2011).

¹⁶⁹ De acuerdo con esta doctrina «quedarán amparadas en el derecho fundamental a la libertad de expresión aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público». A modo de ejemplo, véanse las siguientes sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional español: SSTC 107/1988, del 8 de junio, FJ 4; STC 171/1990, del 12 de

prevalecerá la primera solamente si la información no empleara expresiones injuriosas, tuviera relevancia pública y fuera verdadera. En la referida colisión, hubo una ponderación del análisis de las circunstancias genéricas que se tornaron comunicables como norte para la interpretación de casos posteriores. Esto es así porque al tratar de forma similar los casos similares, se tiene la idea de que los casos que presenten las mismas propiedades genéricas relevantes deben recibir la misma solución, y en el caso de colisión, hay necesidad de ponderar los motivos de esas propiedades genéricas y no las particularidades del caso individual. El autor Juan Ruiz Manero agrega que:

En mi opinión, lo único que ocurre si nos limitamos a microconjuntos tales como el sugerido es que la posibilidad de que aparezca como relevante una propiedad que no hubiéramos tenido en cuenta es menor de la que tendría si pretendemos abarcar todos los principios constitucionales. Y de hecho, una vez que la doctrina del tribunal constitucional ha hecho cristalizar la regla compleja relativa a las relaciones de prevalencia entre los derechos al honor ya al intimidad y el derecho a la libertad de información sobre la base de las propiedades de relevancia pública de la información, veracidad de la misma y ausencia de expresiones injuriosas, no ha aparecido, que yo sepa, ningún nuevo caso que haya obligado a revisar esa regla. Que aparezca un nuevo caso que presente propiedades que obliguen a la revisión es, sin embargo, algo que no podemos descartar por completo (...) No podemos, pues, aspirar razonablemente a la estabilidad absoluta de las reglas resultado de nuestras ponderaciones (...) (Manero 2015, 132).

Se admite que la forma lógica del condicionamiento universalmente cuantificado capture con éxito la idea según la cual los motivos basados en reglas son uniformes e invariablemente relevantes. Sin embargo, esta relevancia estable o universal, que es una parte esencial del concepto universalista del motivo, no es sinónimo de una fuerza absoluta o conclusiva. Los motivos, aunque universalmente relevantes, pueden ser

noviembre, FJ 10; STC 204/2001, del 15 de octubre, FJ 4; y STC 181/2006, del 19 de junio, FJ 5. Así, «el derecho a la libertad de expresión, al referirse a la formulación de “pensamientos, ideas y opiniones”, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas». Entre otras muchas, véanse las siguientes sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional español: SSTC 105/1990, FFJJ 4 y 8; 204/1997, del 25 de noviembre, FJ 2; 134/1999, del 15 de julio, FJ 3; 6/2000, del 17 de enero, FJ 5; 11/2000, del 17 de enero, FJ 7; 110/2000, del 5 de mayo, FJ 8; 112/2000, del 5 de mayo, FJ 6; 297/2000, del 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, del 26 de febrero, FJ 5; 148/2001, del 15 de octubre, FJ 4; 9/2007, FJ 4.

vencidos o superables, es decir, pueden existir motivos favoritos. Esto es así porque, como ya se mencionó anteriormente, a pesar de que las normas válidas expresan un conjunto de propiedades relevantes, esto no significa que expresen todas las propiedades que puedan ser relevantes para el caso individual.

María Cristina Redondo razona acerca de la posibilidad de conflicto entre dos o más normas universalmente válidas que sean diferentes e incompatibles entre sí, donde el resultado del conflicto deja intacta la identidad y la aplicabilidad de las normas involucradas. El universalismo admite la existencia de motivos conflictivos prácticos, donde normas válidas incompatibles se aplican a la misma situación. Admite incluso la inexistencia de jerarquía de los referidos motivos, como también de las respectivas normas y, en este caso, la orientación de cómo actuar no puede ser respondida a través de la aplicación deductiva de una norma. En este caso, se utiliza un modelo comparativo de «razonamiento práctico», donde los motivos se ponderan de una forma equilibrada, y el resultado se obtiene no ya de la aplicación de principios lógicos, sino por el peso y la importancia relativa de los motivos considerados.

Cada sistema jurídico atribuye un peso tanto a la concepción universalista como a la particularista y, a través de la utilización de las técnicas reguladoras de uniformidad (o de algunos medios de impugnación), se pretende demostrar la verdadera función de los precedentes o de la jurisprudencia de los tribunales situados en la cima del Poder Judicial.

El estudio delimitará el análisis de los casos donde haya una previsión expresa de vinculación de la decisión de los Tribunales en los ordenamientos español y brasileño, donde se parte del presupuesto de la voluntad del sistema en vincular determinadas decisiones judiciales. El recurso de casación, por infracción procesal, y el recurso de interés de la ley, así como el recurso de amparo en el sistema español, y los recursos repetitivos y la repercusión general en el sistema brasileño ya analizados anteriormente, indican el camino que ha de ser seguido en cada ordenamiento analizado, y que por pertenecer a la familia del *civil law* poseen características semejantes.

3.7. *Súmulas* de la jurisprudencia predominante del *Supremo Tribunal Federal* brasileño y las *súmulas* vinculantes brasileñas como instrumento de revelación de la jurisprudencia

En la evolución del derecho brasileño tiene como punto importante el año 1963, con la creación de la «*Súmula* de Jurisprudencia Predominante del *Supremo Tribunal Federal*» que fue instituida por una enmienda en el Reglamento Interno del *Supremo Tribunal Federal*.

La jurisprudencia de los tribunales, cristalizada en *súmulas*, consistía en una herencia del derecho portugués, en que los fallos proferidos por un tribunal de segunda instancia (*assentos*, en portugués) tenían un efecto vinculante sobre las decisiones del Poder Judicial y solamente podían ser revocadas mediante la aprobación de la ley del Parlamento¹⁷⁰.

Las *súmulas* consistían en la elaboración de enunciados abstractos y concisos que expresaban el entendimiento de un determinado tribunal con respecto a cierta cuestión. El objetivo era prevenir e impedir divergencias en la interpretación de la ley, así como recomendar el tratamiento uniforme de las cuestiones sometidas a las *súmulas*. Las referidas *súmulas* no disponían de una disposición legal que les confiriese una eficacia vinculante, pero, en la práctica, llegaron a ejercer una enorme influencia en los enjuiciamientos, ya fuera en juicios de primera instancia o ante los tribunales. Los jueces, y no solo los de primera instancia, se limitaban a aludir a la *súmula* como el fundamento de sus decisiones (Moreira 2005, 50)¹⁷¹.

¹⁷⁰ Obsérvese que las *súmulas* del *Supremo Tribunal Federal* han adoptado, formalmente, el mismo modelo de los «asientos» portugueses, o sea, enunciados cortos y de gran abstracción, diferentes, sin embargo, a los precedentes americanos, que están constituidos por la totalidad del contenido textual de los juzgados.

¹⁷¹ Moreira se lamenta que no se hubiera tomado la iniciativa de recoger datos y elaborar estadísticas: «a cuja luz se pudesse medir objetivamente o impacto produzido pela instituição da Súmula na quantidade de processos e na respectiva duração: como sói acontecer entre nós, e sem embargo do juízo favorável que predominou nos meios judiciais, ficamos imersos na penumbra do impressionismo—ignorantes, v.g., do número de recursos extraordinários arquivados por decisão do relator, porque contrária à súmula a tese recorrente, ou da diminuição do tempo empregado pelo Supremo Tribunal Federal para julgar os recursos que remanesciam».

La materia fue retomada en la legislación procesal a través del incidente de uniformización de la jurisprudencia interna de los tribunales, conforme se observaba en los artículos 476 y siguientes del antiguo *Código de Processo Civil* ¹⁷². La idea de uniformar la jurisprudencia para evitar la desigualdad (o sea, soluciones distintas para casos concretos semejantes) se encontraba en la redacción original del *Código de Processo Civil* de 1973 a través del instituto de la uniformización de la jurisprudencia.

Anteriormente, el artículo 479 del antiguo *Código de Processo Civil* (*velho CPC*) disponía que, si el entendimiento en ese incidente fuese revelado por la mayoría absoluta de los miembros del tribunal, este podría elaborar una *súmula* que tendría fuerza de precedente para uniformar la jurisprudencia, término este (*súmula*) que fue utilizado en el referido Código. Sin embargo, no se esclareció lo que sería esa fuerza de precedente ¹⁷³. El entendimiento predominante era que habría una recomendación a los demás órganos de juzgamiento del propio tribunal y a los juzgados y tribunales inferiores en relación con aquel entendimiento, estando la fuerza del precedente concebida como meramente persuasiva ¹⁷⁴.

De cualquier forma, la presentación del pedido de uniformización de la jurisprudencia suspendía el proceso y escindía la competencia para su tratamiento. Al tribunal pleno o al órgano especial le competía la tesis jurídica, en tanto que el resto del recurso o de la

¹⁷² En función del artículo 476, compete a cualquier juez, al dar el voto en la sala, cámara o grupo de cámaras, solicitar el pronunciamiento previo del tribunal acerca de la interpretación del derecho cuando verifica que, al respecto, ocurre una divergencia entre los órganos del tribunal; o cuando la decisión que se recurre consagra un entendimiento distinto al de otro órgano fraccionario. Dispone el artículo 478 que: «O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada (...)». Y finalmente, el artículo 479 estipula que: «o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência».

¹⁷³ Anteriormente, artículo 479 del *velho CPC* estipulaba que: «O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência».

¹⁷⁴ En principio, su función es exclusivamente evitar que al respecto, en el mismo tribunal, se provoque otra uniformización (Wambier, Almeida y Talamini 2005, 655-660).

causa era decidida por el órgano competente para juzgarlo. La cuestión de derecho decidida tenía efecto vinculante sobre el resto de aquel juzgamiento (Moreira 2009, 5)¹⁷⁵.

Era un mecanismo que buscaba impedir que la misma regla de derecho fuese interpretada de manera diferente por los órganos de un mismo tribunal. De ocurrir ese hecho, quedaría comprometida la unidad del ordenamiento jurídico y quedarían los litigantes sujetos tan

¹⁷⁵ El referido autor apunta que la uniformización de jurisprudencia se refiere al segundo hecho: «(...) al hecho de la existencia, en el aparato estatal, de una pluralidad de órganos judicantes que pueden tener (y con frecuencia tienen) que enfrentar iguales cuestiones de derecho y, por lo tanto, tienen que enunciar tesis jurídicas sobre idéntica materia. Nace así la posibilidad de que, en un mismo instante histórico—sin variación en las condiciones culturales, políticas, sociales, económicas, que pudieran justificar alguna discrepancia—la misma regla del derecho sea entendida de manera diferente y se apliquen tesis jurídicas divergentes y aun opuestas en el caso de especies semejantes. Así se compromete la unidad del derecho—que no sería puesta en jaque, muy por el contrario, por la evolución homogénea de la jurisprudencia de los Tribunales—y no es raro que se propague, entre los miembros de la comunidad, el descrédito y el escepticismo en cuanto a la efectividad de la garantía constitucional. En esos límites, y solamente en esos, es que surge el problema de la uniformización de la jurisprudencia. No se trata, ni sería concebible que se tratase, de imponer a los órganos judicantes una camisa de fuerza que les impida el movimiento en la dirección de nuevas maneras de entender las reglas jurídicas, siempre que la anteriormente adoptada ya no corresponda a las necesidades cambiantes de la convivencia social. Trátase, pura y simplemente, de evitar, en la medida de lo posible, que la suerte de los litigantes y, al final, de la propia unidad del sistema jurídico vigente, resida en la dependencia exclusiva de la distribución del hecho o del recurso». [Traducción libre de la autora.] Original: «(...) ao fato da existência, no aparelho estatal, de uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idéntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico—sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância—, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e as espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito—que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos Tribunais—e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia constitucional. Nesses limites, e somente neles, é que se põe o problema da uniformização da jurisprudência. Não se trata, nem seria concebível que se tratasse, de impor aos órgãos judicantes uma *camisa de força*, que lhes tolhesse o movimento em direção a novas maneiras de entender as regras jurídicas, sempre que a anteriormente adotada já não corresponda às necessidades cambiantes do convívio social. Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso».

solo a la suerte o al azar de tener sus procesos asignados a determinada Sala o Cámara y no a otras que le pudieran asegurar la tutela jurisdiccional.

El referido código adoptó de esta forma la uniformización de la jurisprudencia, a semejanza de la orientación ya definida desde 1963 por el *Supremo Tribunal Federal*. Se trataba así de un incidente procesal y no, propiamente, de un recurso.

Más allá de los enunciados de las súpulas elaborados por los tribunales y por el *Supremo Tribunal Federal*, el reglamento interno del *Superior Tribunal de Justicia* también regulaba la edición de súpulas de jurisprudencia dominante en el ámbito de su tribunal conforme a lo previsto en el artículo 112, párrafo 1 del Reglamento Interno. Y las súpulas de jurisprudencia dominante cuando están consagradas por el *Superior Tribunal de Justicia* o por el *Supremo Tribunal Federal* poseen una fuerza aún mayor de las súpulas emanadas de los tribunales de segunda instancia.

En Brasil, tanto las súpulas de los tribunales como las súpulas que compilaban los juzgados predominantes del *Supremo Tribunal Federal* y el *Superior Tribunal de Justicia*, a pesar de que no poseían fuerza obligatoria ante juzgados y tribunales inferiores, buscaban impedir la famosa «jurisprudencia por lotería», o sea, decisiones contradictorias sobre una misma materia adoptada por el propio tribunal.

El seguimiento de un entendimiento predominante, entretanto, solo tenía sentido cuando se le reconociese el objetivo de proceder a una normalización de los casos concretos idénticos¹⁷⁶, siendo su adopción oportuna en la medida en que se pudiera impedir los

¹⁷⁶ Araújo (2009)182-183) analiza la cuestión de la uniformidad de la jurisprudencia. Explica que: «la respuesta uniforme del Poder Judicial ante cuestiones semejantes es algo tan relevante que la jurisprudencia, inclusive, ante “demandas de masa” [llámase así a causas repetitivas cuyo objeto son comunes entre sí], ha apartado el rigor de la técnica procesal para mantener una decisión uniforme en todos los procesos. En uno de los repetidos precedentes que involucran el reajuste de los funcionarios públicos federales en un 28,86%, típica “demanda de masa” ya consensuado por la jurisprudencia, el título cognitivo que transitó en el juzgado, en el caso específico apreciado por el S. T. J. (*Superior Tribunal de Justicia*) en la sede del recurso especial, estaba, en el momento de su ejecución, en disconformidad con lo que la jurisprudencia venía entendiendo sobre el tema. La resolución judicial había asegurado un reajuste de 28,86% en cuanto a la jurisprudencia brasileña solo garantiza el derecho al reajuste en el mismo porcentual, pero con una deducción de los porcentuales de reajuste ya pagados al funcionario. Ante este escenario, el S. T. J. optó por alejarse del rigor procesal y, dando lugar al recurso de la Hacienda Pública, determinó, en respuesta a la necesidad de uniformización de la jurisprudencia, la compensación, en la fase de ejecución,

conflictos de decisiones dentro del propio Poder Judicial, lo que más allá de manchar la imagen del Poder Público, muy poco contribuiría a la seguridad jurídica, llegando incluso a negar tanto el principio de isonomía en el tratamiento de aquellos que se encuentran bajo una misma jurisdicción, como la correlativa necesidad de coherencia inherente a cualquier sistema jurídico.

La referida práctica desde entonces es vista como una de las soluciones para la crisis del Poder Judicial brasileño mediante la elaboración de diversas leyes procesales que confieren un tratamiento privilegiado a las decisiones judiciales fundamentadas en las sùmulas de tribunales superiores y también en la jurisprudencia dominante.

Antes de la entrada en vigor del nuevo *Código de Processo Civil*, podemos destacar dos excepciones al modelo romano-germánico, que es el adoptado por Brasil, donde la principal fuente del derecho es la ley.

La primera excepción correspondía a la eficacia producida por las decisiones proferidas en sede de control concentrado de constitucionalidad por el *Supremo Tribunal Federal*¹⁷⁷. Las referidas decisiones tienen un efecto parecido a los precedentes normativos del *common law*, en otras palabras, son de observancia obligatoria inclusive para quien no fuera parte de la acción. Esto es así porque en la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, por la forma concentrada (la declaración de

de los aumentos recibidos por los funcionarios. Se apartó de la resolución judicial lo que estaba en disonancia con la jurisprudencia consolidada sobre el tema». [Traducción libre de la autora.] Original: «a resposta uniforme do Poder Judiciário para questões semelhantes é algo tão relevante que a jurisprudência tem, inclusive, quando uma demanda é de massa, afastado o rigor da técnica processual para manter uma decisão uniforme em todos os processos. Em um dos repetidos precedentes envolvendo o reajuste de servidores públicos federais em 28,86%, típica demanda de massa já pacificada pela jurisprudência, o título cognitivo que transitara em julgado, no caso específico apreciado pelo STJ em sede de recurso especial, estava, no momento da sua execução, em desconformidade com o que a jurisprudência vinha entendendo sobre o tema. O provimento judicial havia assegurado um reajuste de 28,86% enquanto a jurisprudência brasileira apenas garante o direito ao reajuste no mesmo percentual, mas com a dedução dos percentuais de reajuste já pagos ao servidor. Diante desse cenário, o STJ, optou por afastar o rigor processual e, dando provimento ao recurso da Fazenda Pública, determinou, em prol da necessidade de uniformização da jurisprudência, a compensação, na fase de execução, dos aumentos recebidos pelos servidores. Afastou-se do título judicial o que estava em dissonância com a mansa jurisprudência sobre o tema».

¹⁷⁷ Los Tribunales de Justicia adoptan una sistemática parecida cuando el ejercicio de control concentrado de constitucionalidad de cara a las Constituciones correspondientes a los estados de la federación brasileña.

constitucionalidad o inconstitucionalidad en sede abstracta proviene de un proceso dirigido específicamente a ese fin, en otros términos, se trata de un proceso cuyo objeto es exclusivo al examen de constitucionalidad e inconstitucionalidad de la ley o del acto normativo), la decisión del Supremo, por si sola, aparta del mundo jurídico la norma afectada por la ofensa a la Constitución y tal decisión, por lo tanto, vale erga omnes, es decir, tiene efecto vinculante. En otros términos, hay una obligatoriedad de la decisión observada por todas las demás instancias, bajo pena de casación de las decisiones contrarias, por medio del recurso de reclamación.

La segunda hipótesis surgió con la edición de las sùmulas vinculantes por el *Supremo Tribunal Federal* establecida a través de la Enmienda Constitucional (EC) 45/2004. El artículo 103-A, con una redacción conferida por la EC 45, incluso prevé que los efectos vinculantes y generales producidos por las sùmulas y por las decisiones proferidas en sede concentrada alcancen no solamente a los demás òrganos judiciales sino también a la administración pública, en virtud de la determinación expresada en la Constitución. Se atribuye un efecto vinculante solamente a las sùmulas del *Supremo Tribunal Federal* que tratan sobre materia constitucional y siempre que obedezcan a un proceso formal específico, es decir, mediante una decisión de las dos terceras partes de sus miembros, tras reiteradas decisiones sobre la materia constitucional. Siguiendo el criterio de orden escalonada, encontramos en el artículo 103-A CFbr¹⁷⁸ el primer y más elevado fundamento del derecho positivo de las sùmulas del Supremo Tribunal Federal, que trata sobre la *sùmula* vinculante.

¹⁷⁸ El artículo 103-A de la Constitución Federal dispone: «El *Supremo Tribunal Federal* podrá, de oficio o a solicitud de terceros, mediante la decisión de dos tercios de sus miembros, después de reiteradas decisiones sobre la materia constitucional, aprobar una *sùmula* que, a partir de su publicación oficial, tendrá efecto vinculante en relación con los demás òrganos del Poder Judicial y con la administración pública directa e indirecta, en las esferas federales, estatales y municipales, y asimismo proceder a su revisión o cancelamiento, en la forma establecida por la ley». [Traducción libre de la autora.] Original: «O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar sùmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais òrgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei».

El párrafo 1 del referido artículo estipula, además, que la *súmula* deberá tratar, de materia específica, la «validez, la interpretación y la eficacia de normas determinadas», siempre que estuvieran identificados los requisitos que convaliden la existencia de una controversia que provocaría una grave inseguridad jurídica y la multiplicación de demandas idénticas sobre esta misma controversia¹⁷⁹.

De esta forma, el *Supremo Tribunal Federal* fue autorizado por la Enmienda Constitucional para publicar *súmulas* vinculantes que sinteticen los entendimientos reiterados proferidos por el tribunal en materia constitucional. Las referidas *súmulas* poseen eficacia normativa, por lo que producen efectos vinculantes y generales, cuyo incumplimiento da lugar a la presentación de un recurso de reclamación con el fin de hacer nula la decisión contraria a la establecida en la *súmula* vinculante.

Se observa que el constituyente brasileño, tanto el originario como el derivado, eligieron a la Reclamación (*Reclamação*, en portugués) como un mecanismo direccionado a la casación de decisiones contrarias a la autoridad de decisión, en este conjunto están comprendidas las decisiones proferidas en sede de control concentrado de constitucionalidad, con efecto vinculante y erga omnes y las *súmulas* vinculantes¹⁸⁰. El objetivo de conseguir un compendio a través de la *súmula* busca, por un lado, proporcionar mayor estabilidad a la jurisprudencia y, por el otro lado, facilitar el trabajo de los abogados y del Tribunal, simplificando el juzgamiento de las cuestiones más

¹⁷⁹ Es necesario presentar de manera resumida, de modo ejemplificante, los argumentos favorables y contrarios a la edición de la referida *súmula*, existiendo fundamentalmente dos argumentos favorables la adopción de la *súmula* vinculante, los cuales están relacionados con dos cuestiones: celeridad del Poder Judicial y la seguridad jurídica.

1- El número de recursos que serán avalados disminuiría drásticamente en razón de la adopción de la *súmula* vinculante, pues habría uniformidad en las decisiones. En consecuencia, el Poder Judicial ganaría en celeridad, ya que debido a la referida uniformidad de las decisiones habría mayor previsibilidad y, por lo tanto, la seguridad jurídica estaría garantida.

2- Los argumentos contrarios son más numerosos y entre ellos se encuentran la inmovilización/constricción del derecho, el desequilibrio entre los poderes y la falta de respeto a la autonomía del juez resultantes de la aplicación de la *súmula* vinculante.

¹⁸⁰ En general, la reclamación es admisible contra el acto administrativo o judicial proferido en usurpación de la competencia del Supremo Tribunal Federal y el Superior Tribunal de Justicia, al enfrentar la decisión de esos tribunales y, por último, en oposición a la *súmula* vinculante decidida por el Supremo Tribunal Federal en materia constitucional.

frecuentes (Medina 2000, 543)¹⁸¹. La *súmula* se presenta como un resumen de lo que fue decidido en sucesivas decisiones del Tribunal, en las cuales se hayan adoptado idéntica interpretación en determinada norma o conjunto de normas. No se trata propiamente de un precedente.

De esta forma, la jurisprudencia se presenta de acuerdo con la fundamentación de las decisiones imperantes en los tribunales como dominante y consensuada, en tanto que en el caso del sistema brasileño, se encuentra la jurisprudencia bajo la modalidad de la *súmula*. La primera, la jurisprudencia dominante, se presente ante la existencia de varias sentencias sobre una misma materia en sede de tribunales con una cantidad razonable de juzgados en más de uno, donde es posible constatar que uno de los entendimientos posee mayor aplicación. La segunda, la jurisprudencia consensuada, como su propio nombre sugiere, indica la existencia de sentencias que consagran un mismo entendimiento en sede de tribunales en el mismo sentido, siendo inexistentes o irrelevantes las decisiones en sentido contrario. Y, por último, en el caso de Brasil, como forma de representación tanto de la jurisprudencia dominante como de la consensuada, se presenta la jurisprudencia bajo la modalidad de la *súmula*, es decir, que a través de un procedimiento específico, aunque no estén dotadas de un carácter vinculante, ejercen un papel importante en el sistema procesal brasileño dada la fuerza ejercida por el sistema procesal conforme se mencionó anteriormente¹⁸².

¹⁸¹ Añade Medina que: «la comisión de jurisprudencia del *Supremo Tribunal Federal*, en la “explicación preliminar”, de la primera publicación oficial de las *súmulas* de ese tribunal, aprobadas en la sesión del 13 de diciembre de 1963, hizo hincapié en que estas traducían la jurisprudencia que el Tribunal tenía por “predominante y firme”, no estando, sin embargo, “excluida la posibilidad de alteración del entendimiento de la mayoría”, por lo que la finalidad de la *súmula* sería, principalmente, la de “proporcionar una mayor estabilidad a la jurisprudencia” y la de “facilitar el trabajo de los abogados y del Tribunal, simplificando el juzgamiento de las cuestiones más frecuentes». [Traducción libre de la autora.] Original: «a comissão de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na “explicação preliminar” da primeira publicação oficial das *súmulas* daquela Corte, aprovadas na sessão de 13.12.1963, frisou que elas traduziam a jurisprudência que o Tribunal tinha por “predominante e firme”, não estando, porém, “excluída a possibilidade de alteração de entendimento da maioria”, razão por que a finalidade da *súmula* seria, precipuamente, a de “proporcionar maior estabilidade à jurisprudência” e a “facilitar o trabalho dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões mais frequentes”».

¹⁸² Existiría también la jurisprudencia divergente que está caracterizada por la existencia de innumerables juzgados sobre la misma materia ante los tribunales, con un número considerable de juzgados en varios sentidos.

Se observa que en los países de *common law* no hay normas expresas para determinar el carácter vinculante de los precedentes porque la norma es abstraída principalmente de las costumbres jurídicas y como consecuencia lógica del sistema judicial establecido.

En el ámbito del sistema brasileño, las hipótesis mencionadas anteriormente, decisiones del *Supremo Tribunal Federal* en control concentrado de constitucionalidad y súmulas vinculantes, poseen efecto erga omnes y carácter vinculante a través de la determinación de la propia CFbr (en el artículo 102, párrafo 1 y el artículo 103-A). Factores constitucionales, como el hecho de ser guardián de la Constitución, conducen al carácter vinculante del precedente y de la referida técnica de utilización de las *súmulas* vinculantes.

Las súmulas de jurisprudencia del *Supremo Tribunal Federal* y el *Superior Tribunal de Justicia* están disponibles en los sitios web de los referidos Tribunales¹⁸³, y están consideradas importantes fuentes de consulta en ese sistema. Los enunciados expuestos en las súmulas del *Supremo Tribunal Federal* son de mayor relevancia por el hecho de que este Tribunal tiene el carácter de guardián de la CFbr.

Se observa que la *súmula* vinculante aparece con el objetivo de resolver millares de procesos pasibles de ser solucionados vía subsunción, y en nada se asemejan a los precedentes, que por regla general exigen una interpretación exhaustiva. La sistemática modalidad de las *súmulas* existente en Brasil corresponde a la síntesis de decisiones reiteradas donde el análisis de la cuestión fáctica es bastante menos rigurosa que en la aplicación del precedente. Entretanto, actualmente el art. 926 inc. 2 nuevo CPCbr esboza la preocupación del legislador en cuanto a que los tribunales deberían atenerse a las circunstancias fácticas de los precedentes que motivaron la creación de los enunciados de la *súmula*. Tanto es así que al publicar el enunciado de las súmulas se menciona la demostración del papel desempeñado por los procesos que las motivaron.

¹⁸³ Los enunciados de las *súmulas* del *Supremo Tribunal Federal* y los precedentes que apoyan la edición de los enunciados están disponibles en: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf [Consulta: 14 octubre de 2017]

Los enunciados de las súmulas del *Superior Tribunal de Justicia* están disponibles en: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/> [Consulta: 14 octubre de 2017]

Hay una aproximación a la concepción universalista donde hay una regla del derecho que será aplicada al caso concreto. El *Supremo Tribunal Federal* sintetizará los entendimientos reiterados proferidos por el tribunal en materia constitucional a través de los enunciados de las sùmulas vinculantes, existiendo un cierto distanciamiento de la cuestión fáctica. Deberá tratar sobre la validez, interpretación y eficacia de determinadas normas siempre que estuviera en riesgo la seguridad jurídica o la multiplicación de demandas idénticas sobre la misma controversia de forma de resguardar tanto el principio de seguridad jurídica como el de la isonomía. Será de esa forma el último intérprete en materia constitucional.

Cabe destacar que, actualmente, el nuevo CPCbr pretende ir más allá indicando otros mecanismos de uniformización de los entendimientos de los tribunales por medio de la aplicación vinculante de una decisión judicial, entre ellos el incidente de resolución de demandas repetitivas que será analizado a continuación.

3.7.1. Incidente de resolución de demandas repetitivas

El nuevo CPCbr, en sus arts. 976 a 987¹⁸⁴, busca con la previsión del incidente de resolución de demandas repetitivas la racionalización de los juzgamientos, a partir de la

¹⁸⁴ «Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

solución de cuestiones jurídicas comunes que se repiten en innumerables procesos y que son rutinaria y exhaustivamente apreciadas incontables veces por los magistrados. Aun así, ante la falta de uniformidad en los dictámenes judiciales, se abre el camino para una sensación de incertidumbre e inseguridad. La sistemática del incidente fue direccionada a las demandas repetitivas que en virtud de su gran tamaño impide una prestación jurisdiccional cualitativa y tempestiva satisfactoria.

Tal era la preocupación con una cantidad de demandas que el Proyecto de Ley originario Nro. 166 del Senado brasileño en la parte que trataba el incidente sobre la resolución de demanda repetitiva previa establecía como admisible el referido incidente siempre que se identificara la controversia como teniendo potencial de generar una relevante

§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas».

«(...) Art. 980. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus».

Párrafo único. Superado el plazo previsto en el encabezamiento, cesa la suspensión de los procesos previstos en el artículo 982, salvo decisión fundamentada del juez ponente en sentido contrario.

«(...)Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§ 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito (...)».

multiplicación de procesos fundamentados en cuestiones de derecho y de causar una grave inseguridad jurídica derivada del riesgo de coexistencia de decisiones en conflicto¹⁸⁵.

Existía la previsión de la posibilidad de que se suscitase un conflicto cuando la controversia fuese una cuestión en potencial, o sea, sería preciso vislumbrar, en aquella cuestión jurídica que se presentaba al Poder Judicial por medio de una o más demandas, el potencial de llegar a ser reproducida con la causa de pedir en otras demandas diferentes. El incidente podría estar suscitado en un proceso en que se vislumbrase la posibilidad de probables enjuiciamientos de acciones idénticas, impidiendo así el abarrotamiento del Poder Judicial, ya que una vez que se decida la cuestión, impediría de plano el enjuiciamiento de nuevas demandas. Y, además, dicha multiplicación de procesos debería surgir del riesgo de pronunciamiento de decisiones divergentes, lo que apunta a impedir el descrédito derivado del pronunciamiento de decisiones antagónicas para personas que deberían recibir el mismo tratamiento. Existía así la instalación del incidente en carácter preventivo.

El referido proyecto del *Código de Processo Civil* brasileño posibilitaba que el juez seleccionase una causa que tuviese el potencial de volverse repetitiva y suscitase el incidente, y el tribunal pasaría a proferir una decisión sobre la cuestión de derecho, que vincularía los órganos fraccionarios y los jueces inferiores de aquel tribunal sin una previa profundización del debate. Bastaba una sola acción para que el incidente fuera instaurado, una vez que se percibiese en él un potencial multiplicador de controversias. En la acción elegida como paradigma se concentraría la discusión con respecto a la materia de derecho controvertida en diversos procesos, ya instaurados o con viabilidad de formarse, permitiendo la apreciación simultánea de una idéntica cuestión de derecho, propia de

¹⁸⁵ El artículo 895 del proyecto de ley establece que: «Es admisible el incidente de demandas repetitivas siempre que se identifique una controversia con potencial de generar una relevante multiplicación de procesos fundados en idéntica cuestión de derecho y de causar una grave inseguridad jurídica, debido al riesgo de la coexistencia de decisiones conflictivas». [Traducción libre de la autora.] Original: «É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idéntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes».

varias acciones. Con el juzgamiento de la cuestión de derecho por el tribunal, cada juez debería decidir la demanda suspensa a la luz de la premisa asentada en el incidente.

No obstante, dicho precepto no quedó aprobado en la versión final del nuevo CPCbr, a saber:

Art. 976. Es admisible la instauración del incidente de resolución de demandas repetitivas cuando haya, simultáneamente:

I – una efectiva repetición de procesos que contengan una controversia sobre la misma cuestión únicamente de derecho;

II – un riesgo de ofensa a la isonomía y a la seguridad jurídica. (traducción libre de la autora)

Es preciso que se identifique la divergencia en la práctica, así como que se verifique si en aquel tribunal las causas se han vuelto repetitivas y si hay divergencia de decisiones sobre el asunto, teniendo en cuenta que el objetivo del incidente es eliminar las divergencias ya expuestas y, para mantener firme el entendimiento, es necesario que sea fruto de debates maduros¹⁸⁶.

La regla actual es que las causas repetitivas surgidas por todo Brasil serán sometidas a los tribunales y, por fin, a los tribunales superiores, es decir, al *Superior Tribunal de Justicia* y al *Supremo Tribunal Federal* que se encuentra en la cima de la pirámide. En esos incidentes, habrá un juicio de admisibilidad por parte del tribunal que analizará la conveniencia de adoptar una decisión paradigmática, dado que la cuestión suscitada puede ser pasajera, no necesitando de la intervención del tribunal para consensuar el conflicto propuesto en juicio.

El objetivo que se verifica en el incidente es el de que alguna o algunas acciones que vayan a ser seleccionadas sean suficientes para que el Tribunal conozca de la discusión pertinente a millares de otras, judicializando el conflicto por intermedio de una acción modelo. La decisión del tribunal tendrá eficacia externa en lo tocante al motivo detrás de

¹⁸⁶ En el derecho brasileño no se exigía un número mínimo de requerimientos para que sea instaurado el incidente; por el contrario, se permitía que hubiese un pedido incluso de oficio, por el juez o el juez ponente, pero siempre con un número suficiente para hacer conveniente la utilización.

la decisión sobre la cuestión de derecho controvertida y es, en ese sentido, que se puede vislumbrar el incidente como una técnica reguladora dirigida a alcanzar la uniformidad.

Las acciones suspendidas mantienen su autonomía procedimental, siendo cierto que la apreciación que el órgano ad quem ante la cuestión de derecho atañe a esos procesos suspendidos. Hay, en verdad, una repercusión de la cuestión jurídica tratada en la acción paradigmática en relación a los demás procesos suspendidos. Así, pues, el entendimiento de que el tribunal vaya a fijar al respeto acerca de la cuestión de derecho habrá de ser seguido por todos los jueces a este vinculados. Para las acciones suspendidas, la decisión del incidente no representará una decisión para su propia demanda, sino solo de la cuestión de derecho que es común a todas. El juez natural de la causa deberá, en base a la resolución de la cuestión de derecho dictada por el tribunal, proceder al examen de mérito.

El referido incidente podrá ser suscitado no solo de oficio (por el juez o juez ponente), sino también por pedido de la Fiscalía, de la Defensoría Pública y de las partes. Se resalta que una vez elegida la acción como paradigma, no es posible que el autor desista de la acción. La cuestión que debe ser decidida en el juzgamiento del proceso paradigma pasa a ser de interés de todos, ya que la resolución de la cuestión jurídica encontrada traspasará los límites subjetivos de la relación procesal y afectará los otros sujetos interesados en el juzgamiento de la cuestión de derecho.

El objeto de discusión del incidente no solo se refiere a aquellos que figuran como partes del proceso que lo originó, sino a todo el universo de personas que se vean envueltas en la discusión jurídica frenada. Esto es así porque hay un procedimiento incidental de definición de la tesis que será adoptada por el tribunal, que habrá de ser seguido por los demás tribunales y repercutirá en el análisis de las demás acciones que estarán suspendidas para juzgamiento (Didier Júnior y Cunha 2009, 323-324).

Se trata pues de un nuevo instrumento procesal que busca la uniformización de la jurisprudencia donde hay una suspensión «impropia» de todos los procesos en curso con la finalidad de producir una única decisión judicial pasible de tener su *ratio decidendi* extendida a los demás casos análogos. O sea que se adopta el mejor entendimiento que deberá seguirse para la resolución de ciertos conflictos que son reiteradamente deducidos en juicio, abriéndose un camino más rápido para la obtención de una solución.

La causa elegida como representativa de la controversia de la cuestión de derecho será desde luego juzgada por el tribunal, y el juzgamiento de las demás causas dependerá de que el Tribunal se manifieste sobre la cuestión de derecho controvertida. Y de ahí surge hablar del Código en suspensión, es decir, si la apreciación del propio mérito de la causa dependiera de la fijación de la tesis jurídica general, el juez ante el cual se tramita la demanda nada podrá hacer salvo aguardar. Resulta evidente que en el ordenamiento jurídico brasileño el objeto del incidente es la cuestión jurídica con la propuesta de una tesis jurídica.

En este punto, se debe entender que en la pendencia del incidente los procesos judiciales individuales solamente están suspendidos si el desenvolvimiento procesal individual depende de la práctica del acto del tribunal. Es decir, si en el proceso hubiera cuestiones que van más allá del objeto del incidente, como, por ejemplo, la acumulación de pedidos absolutamente autónomos entre sí, nada impide que el juez natural expida una decisión parcial con respecto al mérito de la causa. La referida decisión podrá ser impugnada y en nada perturbará el desenvolvimiento posterior del proceso en primer grado y consecuentemente.

El referido instituto es más un representante de la línea de pensamiento que atribuye cada vez más fuerza al entendimiento de los tribunales, imponiendo una duración razonable del proceso y, al mismo tiempo, consagrando la promesa calcada en el principio de isonomía en que causas con idénticas cuestiones jurídicas deben tener soluciones judiciales iguales.

Se obtiene una solución expedita para las controversias potencialmente repetitivas, pero, al mismo tiempo, se permite la posibilidad de participación de los involucrados y de los demás interesados en calidad de *amicus curiae*, consonante con la expresa autorización del art. 983 nuevo CPCbr¹⁸⁷. El *amicus curiae* simboliza la posibilidad de intervención

¹⁸⁷ El art. 983 novo CPCbr establece que «O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

§ 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente».

de terceros antes de la formación de la tesis, reflejando la tentativa de conferir un mayor grado de legitimidad a las decisiones judiciales. Esto es, que permite la participación del mayor número posible de interesados en el juzgamiento de la demanda paradigma, apartando el argumento de violación del derecho a una amplia defensa y contradicción. Por medio de la actuación indispensable del *amicus curiae*, se atiende la exigencia democrática participativa en el proceso, a la vista de que dada la extensión social del litigio no sería ni siquiera posible que todos los interesados estuviesen lado a lado en el proceso.

El nuevo CPCbr prevé varios medios en caso de que una inmensa discusión se trabee en el procedimiento del incidente, en busca de la adopción de la mejor interpretación posible para la cuestión jurídica controvertida, independientemente de quién haya incurrido en su instauración.

En consecuencia, hay una eficacia vinculante de lo decidido por el Tribunal en relación con todos los jueces de grado inferior, también llamada la eficacia vertical del precedente, ya que el nuevo CPCbr es explícito en decir que, contra las decisiones judiciales que no observaran el entendimiento sufragado en el precedente, habrá lugar para una reclamación por parte del Tribunal competente.

Se privilegia así el fenómeno que alude a la conveniencia de adoptar técnicas reguladoras destinadas a la uniformidad. Dicho hecho ocurre por la existencia en el aparato estatal de una pluralidad de órganos judicantes que pueden tener que enfrentar cuestiones de derecho iguales y, por tanto, enunciar distintas tesis jurídicas en una idéntica materia. Surge ahí la posibilidad de que, en un mismo instante histórico, sin variación de las condiciones culturales, políticas, sociales, económicas, se pueda justificar la discrepancia de entendimientos diversos con respecto a una misma regla de derecho. Se compromete de esta manera la unidad del derecho, sembrando entre los miembros de la comunidad el descrédito en cuanto a la efectividad de la garantía jurisdiccional (Moreira 2009, 4-5).

La necesidad de respeto al precedente formado en el incidente de resolución de demanda repetitiva se presenta como una forma de evitar aquello que se conoce como «jurisprudencia por lotería», o sea, la dependencia del resultado del juzgamiento según el órgano que vaya a juzgarlo. Por otro lado, se privilegia la estabilidad y la previsibilidad de las decisiones judiciales como pilares de cualquier ordenamiento jurídico que pretenda

ser respetado. Un derecho inestable e imprevisible no genera la seguridad jurídica que razonablemente se pudiera esperar.

Se procura evitar el ejemplo hipotético de la situación de dos demandantes que están sometidos a una misma jurisdicción, los cuales llevan ante el Poder Judicial un problema similar, o sea, llevan un problema con elementos que los identifican como semejantes y, como en una lotería, uno gana y el otro pierde, no porque el derecho de ambos sea diferente, sino porque en la asignación del juzgado uno de ellos tuvo más suerte que el otro. En otras palabras, si aparte de tener la suerte de que la causa sea asignada a determinado juez, que tenga un entendimiento favorable de la materia jurídica involucrada, obtiene la tutela jurisdiccional; en caso contrario, la decisión no le reconoce el derecho sometido a pleito (Kelsen 1979, 73)¹⁸⁸.

Es indudable que en tales casos la discrepancia de juzgamientos a largo plazo es mucho más perjudicial que en el plano de la jurisdicción singular. En efecto, en el universo colectivo, el disenso pretoriano provoca una secuencia de efectos perversos, es decir, desprestigia al Poder Judicial, genera inestabilidad social y acarrea situaciones de injusticia para las partes, significando, al final, una verdadera negación del Derecho (Camargo Mancuso 2010, 137)¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Según Kelsen, la igualdad es una consecuencia lógica de la generalidad de la norma. Él mismo hace hincapié en que: «El carácter de una norma que prescribe que, dado un determinado presupuesto, se debe verificar una determinada consecuencia, consiste —como ya fuera señalado— en el hecho de que esta norma, de acuerdo con su propia intención, debe ser aplicada, no solo en un único caso, sino en un número de casos indeterminados. Su sentido es: siempre que se presente el presupuesto por ella fijado, se debe siempre verificar también la consecuencia por ella establecida». [Traducción libre de la autora.] Original: «O caráter de uma norma que prescreve que, dado um determinado pressuposto, deve verificar-se uma determinada consequência, consiste —como já foi anotado— no fato de esta norma, de acordo com a sua própria intenção, deve ser aplicada, não apenas em um único caso, mas num número de casos indeterminado. O seu sentido é: sempre que se apresente o pressuposto por ela fixado, deve sempre, também, verificar-se a consequência por ela estabelecida».

¹⁸⁹ El referido autor cita el posicionamiento de la Magistrada Ellen Gracie Norfleet, del S.T.F de Brasil: «Me alinee entre los que acreditan que la mayor parte de las cuestiones traídas al foro, especialmente al foro federal, son causas repetitivas, donde, aunque las partes y sus patrocinantes difieran, la demanda jurídica es siempre la misma. Son causas que se cuentan por miles en todo el país y que se refieren a materias exhaustivamente discutidas y desde hace mucho consolidada su resolución en la jurisprudencia. Como ejemplo, las devoluciones de préstamos obligatorios, las causas en que se busca una corrección monetaria

El *Código Processo Civil* brasileño incluso prevé que los tribunales se esmerarán en alcanzar la uniformización y la estabilidad de la jurisprudencia, debiendo observar que la jurisprudencia consensuada de cualquier tribunal debe orientar las decisiones de todos los órganos a él vinculados y que la jurisprudencia del *Supremo Tribunal Federal* y de los tribunales superiores debe dirigir las decisiones de todos los tribunales y juicios singulares del país, de modo de concretar plenamente los principios de legalidad y de isonomía (arts. 926 y 927 nuevo CPCbr¹⁹⁰).

La referida técnica reguladora para la uniformidad no se asemeja al concepto de precedente: la *ratio decidendi* no se forma a partir de la extracción de los motivos predominantes de la decisión proferida en un caso concreto, sino mediante una técnica concentrada y directa de la resolución de la cuestión común extraída de procesos paralelos que se encuentran en trámite. La tesis jurídica es abstraída a partir del análisis de una modulación fáctica existente, ya que está limitada a la resolución de los casos concretos existentes de los casos seleccionados en procesos paralelos, y se proyectará en los casos pendientes de juzgamiento y en casos futuros.

de los salarios de contribución, para los efectos de cálculo de las pensiones, aquellas en que los depositantes reivindican la aplicación de índices expurgados al cálculo de sus saldos en libretas de ahorro, entre innumerables ejemplos» [Traducción libre de la autora.] Original: «Alinho-me entre os que acreditam que a maior parte das questões trazidas ao foro, especialmente ao foro federal, são causas repetitivas, onde, embora diversas as partes e seus patronos, a lide jurídica é sempre a mesma. São causas que se contam aos milhares em todo o país e que dizem respeito a matérias exaustivamente discutidas e de há muito pacificadas pela jurisprudência. Como exemplo, as devoluções de empréstimos compulsórios, as causas em que se busca a correção monetária dos salários de contribuição, para efeito de cálculo das aposentadorias, aquelas em que os depositantes reivindicam a aplicação de índices expurgados ao cálculo de seus saldos em cadernetas de poupança, entre inúmeras outras».

¹⁹⁰ «Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. (...)

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (...).

El efecto vinculante se encuentra limitado a las cuestiones y fundamentos que hayan sido suscitados y analizados en el incidente. Por lo tanto, no habrá efecto vinculante si el tribunal que juzga la cuestión no se enfrenta y pronuncia con respecto al fundamento existente en el caso concreto; en otros términos, el magistrado puede apartarse de la tesis fijada en el incidente si adopta el fundamento no analizado en el incidente. Y, también, siendo el caso de distinción o de superación, deberá el magistrado fundamentar la no aplicación de la tesis al juzgamiento.

La aplicación del instituto merece ser estudiada en profundidad, no obstante, es evidente el intento del legislador ordinario de fortalecer la decisión judicial, evitando el caos jurisprudencial que tanto desprestigia al Poder Judicial. Esto demuestra que fue utilizado en la misma dirección establecida por la *súmula* vinculante donde el legislador ordinario buscó evitar posicionamientos diferentes e incompatibles con respecto a la misma norma jurídica, lo cual, según él, evitaría que quienes estuvieran sometidos a una misma jurisdicción y en una situación idéntica se encontraran sujetos a normas de conducta diferentes.

Tanto la *súmula* vinculante como el incidente de resolución de demandas repetitivas tienen como objetivo fortalecer el principio de seguridad jurídica con el objeto de establecer de forma indirecta el principio de isonomía.

En suma, el legislador constitucional autorizó, a través de las *súmulas* vinculantes, a que el *Supremo Tribunal Federal* sintetice los entendimientos reiterados proferidos por el tribunal en materia constitucional siempre que estuviera identificada la existencia de una controversia que provocara una grave inseguridad jurídica y multiplicara demandas idénticas sobre la misma controversia.

Sin embargo, se verificó que en la formación de la *súmula* de jurisprudencia dominante no hay una única decisión, sino varias decisiones, es decir, se presupone la existencia de más de un juzgado en el sentido de una determinada tesis jurídica.

Si de un lado, en el sistema del *common law* el dispositivo del juzgamiento no vincula, lo que vincula es la *ratio decidendi*; de otro lado, en el sistema del *civil law*, por medio de una aproximación que debería hacerse de esos dos sistemas, el enunciado de la *súmula* debería ser seguido solamente si hubiese una constatación de que las «causas de pedir» de las decisiones que fundamentan el enunciado fueran similares o análogas al caso

concreto que ha de ser analizado. Lo que importaría en ese análisis no sería el dispositivo del juzgamiento ni el enunciado extraído de la *súmula*, y sí el análisis comparativo de los hechos y de la «causa de pedir».

Esto es así porque el enunciado de la *súmula* representa la condensación de la jurisprudencia dominante acerca de un determinado tema en un enunciado sintético y, por tal motivo, no podría desprenderse de esta para adquirir autonomía. No obstante, dicha observación permitió al legislador constitucional la elaboración de enunciados de *súmulas* que han de ser adoptadas de forma vinculante.

Del mismo modo, el legislador infralegal, a través del incidente de resolución de demandas repetitivas, permitió que la decisión de última instancia tanto del *Supremo Tribunal Federal*, como del *Superior Tribunal de Justicia* tuvieran efectos vinculantes siempre que hubiera una efectiva repetición de los procesos que contengan una controversia sobre la misma cuestión de derecho y que pongan en riesgo la isonomía y la seguridad jurídica. La tesis jurídica abstraída se obtendrá a través de una técnica concentrada y directa de la resolución de cuestiones comunes extraídas de procesos en trámite y será aplicada de forma vinculante a todas las otras causas en curso o futuras.

3.7.2. Sentencias del Pleno y el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional

En España, el art. 197 LOPJ prevé que serán convocados para formar la Sala todos los magistrados que la compongan «aunque la ley no lo exija, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estime necesario para la administración de justicia»¹⁹¹.

Además, el art. 264 LOPJ establece que los magistrados de las diversas secciones de una misma sala se reunirán para unificar criterios y coordinar las prácticas procesales, en

¹⁹¹ Obsérvese que el STS 443 de 1997 del 22 de marzo al referirse a la naturaleza de las reuniones plenarias, a propósito del acuerdo del 17 de mayo de 1994, explicitó que las reuniones del Pleno no eran las jurisdiccionales previstas en el art. 197 LOPJ, sino deliberaciones más o menos informales con el fin de examinar cuestiones doctrinales complementarias y alcanzar directrices básicas que pudieran ser tomadas en consideración en causas concretas. Cabe destacar la importancia interna de las referidas acordadas a pesar de no tener un valor jurisprudencial directo.

especial en aquellos casos donde haya una divergencia de criterios interpretativos en la aplicación de la ley por cuestiones sustancialmente iguales pronunciados por los magistrados de las diversas secciones de una misma sala (cámara) o tribunal.

Ante estos hechos, el respectivo presidente de la Sala (Cámara) o del Tribunal, por sí mismo o a pedido de la mayoría de sus integrantes, convocará a una Sesión Plenaria para que se puedan unificar el criterio objeto de la divergencia, debiendo posteriormente las Secciones fundamentar las razones por las cuales se adoptaron los criterios acordados por la Sesión Plenaria.

No se atribuye una fuerza especial para la decisión adoptada, sino apenas un carácter orientador con respecto a la jurisprudencia. Sin embargo, el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Primera sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinarios por infracción procesal del 30 de diciembre de 2011, sustituido por el más reciente del 27 de enero de 2017, demuestra que una sentencia del pleno es suficiente para apreciar el interés de casación del recurso de casación, independientemente de la voluntad de los litigantes para que el propio tribunal esté autorizado a convocar el plenario (Sesión Plenaria) con el fin de unificar el criterio objetivo de divergencia. Tal hecho pretende alcanzar a través de una decisión judicial los efectos de la función unificadora de la jurisprudencia.

El acuerdo de 2011 ya establecía que las decisiones unánimes de la Sala Primera del Tribunal Supremo tienen un carácter orientador para la unificación de las prácticas procesales de modo de evitar que el recurso de casación no se transforme en un instrumento procesal obstaculizador de la garantía con respecto a la seguridad jurídica y la vida social y económica. Se refiere no solamente a la organización del trabajo interno del referido tribunal, sino también a los criterios aplicados con el objetivo de unificar la jurisprudencia.

El acuerdo de 2017 establece que el interés de casación por infracción a la jurisprudencia del Tribunal Supremo se presenta a través del concepto de jurisprudencia¹⁹², donde hay una necesidad de señalar dos o más sentencias de la Sala Primera.

¹⁹² Por lo previsto en el artículo 1.6 del CC español, en el que se establece que el ordenamiento jurídico se complementará.

Cabe destacar que una sentencia del Pleno es suficiente para fijar la doctrina del referido tribunal, siempre que no haya una sentencia posterior que tenga modificado su criterio de decisión. Existe incluso la posibilidad de no indicar dos o más sentencias anteriores cuando a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo el recurrente haya justificado la necesidad de establecer una jurisprudencia o modificar una ya establecida en relación con un problema jurídico planteado por la evolución de la realidad social o por la opinión común de la comunidad jurídica sobre determinada materia. Esta excepción tiene un carácter extraordinario que se desprende de su naturaleza, ya que el recurso no será admisible cuando la Sala Primera del Tribunal no considere que su jurisprudencia deba ser modificada¹⁹³.

¹⁹³ Además de lo mencionado arriba, hay otros requisitos específicos del recurso de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo previstos no acuerdo del pleno no jurisdiccional de 2017 (...): «b) Las sentencias de la sala deben ser identificadas por su número y fecha (vg. sentencia 699/2016, de 24 de noviembre) o, excepcionalmente, si no tuviera número, por su fecha y el número del recurso (vg. sentencia de 8 de marzo de 2002, recurso núm. 2970/1996). Se extractará su contenido y, de incluir citas literales, se limitarán a los bloques relevantes para resolver el problema jurídico planteado. Es recomendable la cita jurisprudencial únicamente en lo que interese confrontar con la resolución recurrida. c) El criterio de las sentencias invocadas en el escrito de interposición del recurso de casación no tiene carácter jurisprudencial cuando exista doctrina formulada en sentencias más recientes que se separen de aquél». El acuerdo prevé también requisitos específicos del recurso de casación por interés casacional por contradicción entre Audiencias Provinciales en la letra D: «El concepto de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales comporta la existencia de criterios dispares entre secciones de Audiencias mantenidos cada uno con la suficiente extensión e igual nivel de trascendencia, de modo que puedan calificarse como jurisprudencia operativa en el grado jurisdiccional correspondiente a estos tribunales. En consecuencia, tiene que acreditarse que existen soluciones diferentes para el mismo problema por parte de distintas Audiencias y que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre dicho problema. a) La parte recurrente debe expresar el problema jurídico sobre el que existe la contradicción que alega, indicar de qué modo se produce esta y exponer la identidad de razón entre cada punto del problema jurídico resuelto en la sentencia recurrida y aquel sobre el que versa la jurisprudencia contradictoria invocada. b) Debe invocar al menos dos sentencias dictadas por una misma sección de una Audiencia en las que se decida colegiadamente en un sentido y al menos otras dos, procedentes también de una misma sección de una Audiencia, diferente de la primera, en las que se decida colegiadamente en sentido contrario. En uno de estos dos grupos debe figurar la sentencia recurrida. Este requisito se flexibilizará cuando el elevado número de secciones de una Audiencia Provincial dificulte objetivamente su cumplimiento. No obstante, no será imprescindible la cita de sentencias con los requisitos indicados cuando, a criterio de la Sala Primera, conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el problema jurídico planteado. Para ello es necesario que el problema haya sido debidamente puntualizado

Se suma a esto que el «acuerdo del pleno no jurisdiccional» de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el 18 de julio de 2006 estableció que: «los acuerdos de la sala general (pleno no jurisdiccional) son vinculantes», lo que vino al encuentro del contenido del artículo 264 anteriormente citado, el cual establece que: «en todo caso quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan».

¿Acaso se trata aquí de perfilar el camino del precedente? ¿Se pretende demostrar el incremento de la eficacia de las decisiones del Tribunal Supremo en el cumplimiento de su función unificadora? ¿Se podría decir que se busca incluso reducir los casos sometidos a su examen y al mismo tiempo propiciar una adecuación ágil del derecho mediante la aplicación de su interpretación ante las crecientes modificaciones sociales que exigen una respuesta inmediata?

El análisis de este instrumento pasa por el contenido del alcance de su valor en la jurisprudencia del ordenamiento jurídico español; y cabe destacar que no se discute la importancia de los referidos acuerdos como instrumentos valiosos para discutir cuestiones dudosas de naturaleza procesal y penal en las cuales haya discrepancias de modo de unificar criterios y coordinar las prácticas procesales. Lo que sí se discute es su valor y su carácter vinculante en la jurisprudencia.

Se presentan varios argumentos legales y constitucionales en el sentido de que los referidos acuerdos no son vinculantes y ni siquiera integran el concepto de jurisprudencia. Entre ellos se destacan los siguientes:

a) El art. 117.1 CE estipula que los jueces y tribunales están sometidos únicamente al imperio de la ley. Los arts. 1 y 5 LOPJ refuerzan la sumisión de los jueces y magistrados a la Constitución y al imperio de la ley, y de esa forma no se someten a lo acordado en reuniones no jurisdiccionales. En este sentido, los tribunales no podrán dictar instrucciones sobre la aplicación y la interpretación de la ley de carácter general o

por la parte recurrente y se haya justificado la existencia de un criterio dispar entre Audiencias mediante la cita de sentencias contrapuestas». En la letra E «Requisitos específicos del interés casacional por norma de vigencia inferior a cinco años: a) Se identificará el problema jurídico sobre el que no exista jurisprudencia y que haya sido resuelto o debiera haberlo sido mediante la aplicación de una norma de menos de cinco años de vigencia».

particular en el ámbito del ejercicio de la función jurisdiccional, de acuerdo con el artículo 12.3 de la Ley Orgánica de la Magistratura¹⁹⁴.

b) Asimismo, el artículo 12.2 LOPJ prevé que la interpretación y la aplicación de la ley por parte de los magistrados solo puede ser corregida a través de dos recursos. En este sentido, la decisión del acuerdo no jurisdiccional no tendría el poder de fijar jurisprudencia.

c) Por otra parte, el artículo 12.1 LOPJ establece que en el ejercicio de la autoridad jurisdiccional son independientes de todos los órganos jurisdiccionales, lo que contradice el carácter vinculante establecido en una reunión no jurisdiccional y la independencia de los jueces y magistrados dentro del Poder Judicial¹⁹⁵.

d) La ausencia de motivación de los acuerdos no jurisdiccionales. Estos acuerdos en general son breves y contienen decisiones sin una adecuada fundamentación de los motivos que las sustentan.

De todas las objeciones aportadas, la falta de fundamentación de los referidos acuerdos es lo que más compromete su existencia de forma de establecer una orientación que ha de ser seguida sin que haya una fundamentación adecuada. El hecho de no ser una opción clara del legislador o el carácter vinculante de los referidos acuerdos no jurisdiccionales debilita el carácter obligatorio impuesto.

Con todo, no se puede perder de vista que el ordenamiento español prevé la existencia del tipo penal de prevaricación (arts. 446 y 447 del Código Penal), donde «el juez o el

¹⁹⁴ El art. 12 LOPJ establece: «1. En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial. 2. No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan. **3. Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional**» (sin destacar en el original).

¹⁹⁵ El art. 13 LOPJ dispone que: «Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados».

Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años». La sentencia injusta es la que se considera que va en contra de la jurisprudencia dominante. Y en este sentido, el art. 1.6 CC define el concepto de jurisprudencia como la doctrina reiterada del Tribunal Supremo al aplicar e interpretar la ley, las costumbres y los principios generales del derecho.

Asimismo, está la demostración por parte del legislador español de la importancia de la necesidad de realizar un seguimiento de las decisiones judiciales emitidas por el referido tribunal como se ve a través de varios dispositivos previstos en la normativa, donde la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo debe ser considerada como una de las normas aplicables para resolver el litigio (art. 477.1 LEC); he aquí que ese dispositivo no se refiere a la norma legal, ni tan siquiera a la norma jurídica, sino a las normas aplicables al caso concreto. El art. 477.3 LEC estableció que en sede de recurso de casación (infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones del proceso), el interés de casación se manifiesta a través de la sentencia que se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Se observa, además, en este contexto que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo con respecto a la interpretación de determinada norma debe ser seguida en los casos posteriores que han de ser juzgados. Tal razonamiento también puede ser extraído del recurso de interés de la ley, donde el art. 490 LEC dispone que el referido recurso se interponga para unificar la doctrina jurisprudencial. Concluye el art. 493 LEC que «las situaciones jurídicas particulares de las sentencias alegadas y, cuando fueren estimatorias, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial». En este caso se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y a partir de su inserción en este se complementará el ordenamiento jurídico «vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo».

Estos dispositivos legales manifiestan la intención del legislador por destacar la importancia de la doctrina del Tribunal Supremo a medida que demuestran el direccionamiento para la formación de la jurisprudencia. Al final, en última instancia, la referida Corte podrá declarar nula la sentencia del juez o tribunal inferior que se aparte de su doctrina jurisprudencial.

Capítulo IV – Análisis críticas comparativas

4.1. ¿La jurisprudencia como forma de expresión de la coherencia del sistema jurídico?

La tradición de los países que acompañan a la familia del *civil law* es de la *res iudicata*; es decir, la decisión judicial tiene efectos limitados formalmente a las partes alcanzadas por el proceso. No hay, o no había, hasta hace poco tiempo, un efecto reflejo y sistemático que las decisiones sí tienen en *common law* en el sentido de la exigencia de que casos idénticos y ya tratados por el sistema jurídico tengan una misma solución jurídica.

En verdad, la poca relevancia antes atribuida a las manifestaciones del Poder Judicial ocurría, principalmente, porque la decisión judicial era vista como la mera manifestación personal del juez, aun cuando esta decisión fuera dictada por un órgano colegiado. Esto es así porque cualquier cambio en la composición del cuerpo colegiado alimentaba la expectativa de los operadores del derecho y de los administrados en cuanto a poder alterar los posicionamientos anteriormente consolidados y limitados al caso específico que estaba sometido a examen.

Sin embargo, surgió una nueva cultura en el sentido de que la manifestación del Poder Judicial, concretizada en una decisión judicial o en la jurisprudencia, es mucho más que un entendimiento personal del juez, puesto que representa una manifestación del sistema jurídico. Hay un sistema jurídico que ha de ser respetado y diversos son los mecanismos procesales que demuestran la importancia del conocimiento de la fundamentación de la decisión judicial.

El juez, cuando decide con respecto a un caso concreto, no resuelve solamente la controversia individualmente instalada, ya que la importancia de su decisión va más allá de los límites de un caso concreto. Se debe entender que cualquier pronunciamiento judicial, en vez de producir efectos «solamente» entre las partes involucradas en el proceso, representa la manifestación del sistema jurídico como un todo en relación al tema decidido. De modo que cada juez debe concienciarse de que forma parte de un sistema jurídico, y que este debe operar de manera armónica y coherente.

Además, el entendimiento consolidado o dominante debería ser observado por todos, no tanto por razones institucionales, sino por una coherencia del sistema; esto es así porque la decisión judicial debe ser vista como fruto del sistema procesal y no como una mera prestación atribuida a un juez considerado individualmente. La racionalidad de la decisión está fundamentada en el sistema jurídico y no simplemente en el discurso del juez que la dicta (Marinoni, s.f.).

No hay racionalidad en una decisión ordinaria que intérprete la ley de forma diametralmente opuesta a la que fuera dada por el órgano jurisdiccional competente brasileño o español, según la Constitución Federal en Brasil y la Ley Orgánica del Poder Judicial en España, en un intento por uniformizar dicha interpretación. Es desde esta perspectiva exacta que consideramos que los institutos extraídos de los países seguidores de la familia del *common law* son importantes para que haya una flexibilidad del sistema sin que haya un colapso del mismo.

La posición procesal del juez acerca de una cuestión de derecho no puede ser diametralmente opuesta a la interpretación consolidada de los tribunales que le son superiores, puesto que el juez o el magistrado del tribunal no deciden para sí, sino para el administrado. Se comprende así que esa libertad debe surgir del sistema mismo; es decir, en el Poder Judicial como un todo. A partir de ahí existe una adaptación del derecho a los cambios acontecidos en la sociedad o a los cambios exhibidos en casos concretos (Wambier 2009, 145).

El derecho como un sistema coherente de normas jurídicas persiste incluso ante la coexistencia de una infinidad de normas y ante la complejidad extraordinaria de los sistemas jurídicos. En consecuencia, se traduce así una percepción racional y coherente de la adecuación de los conflictos valorativos y de los principios para generar la obligatoriedad de la vinculación para que todos los intérpretes y aplicadores del derecho puedan presentar una unidad interna en el ordenamiento jurídico, lo que genera una función positiva al atribuir un sentido específico a cada acto del sistema jurídico.

Dicho contexto da pautas de cómo un modelo basado en principios debe funcionar en la práctica; en otras palabras, no se puede pretender el estudio del derecho procesal dissociado del contenido axiológico-normativo de los principios constitucionales que rigen el proceso en un Estado Democrático. En este sentido, como ya se mencionó anteriormente, la interpretación en este contexto tiene un significado decisivo para la

consolidación y la preservación de la fuerza normativa de la Constitución por medio de una concreción del postulado normativo.

No importa si el juez tiene una posición personal acerca de la cuestión de derecho que difiera de la esgrimida por los tribunales que le son superiores; al contrario, el juez o el tribunal no deciden para sí, sino para el administrado. Lo que se debe evitar es que haya una contradicción del juez al decidir cuestiones iguales de forma diferente o decidir de forma distinta a la jurisprudencia consolidada o dominante correspondiente al tribunal que le es superior.

En primer lugar, un juez que decide contrariamente a su propia decisión sin la debida motivación está muy alejado del ejercicio de cualquier libertad; en segundo lugar, un juez que contradice la posición pacífica del tribunal, consciente de que a este le cabe la última palabra, practica un acto atentatorio contra la lógica del sistema. Dicha actitud se consustancia en un desprecio hacia el Poder Judicial y en una desconsideración para con los usuarios del servicio jurisdiccional (Marinoni 2009, 172). Lo que se sustenta es que, ante casos diferentes, el juez no precisa decidir de acuerdo con el tribunal jerárquicamente superior o en conformidad con una decisión dictada anteriormente. En esta situación, cabe realizar lo que en *common law* se conoce por *distinguishing*; esto es, una diferenciación del caso que está para ser juzgado. Nada impide que adoptemos, con el debido cuidado, otros institutos de igualmente conocidos del *common law*, como son el *anticipatory overruling* o incluso la decisión *per incuriam*.

El juez no pierde la libertad de juzgar por estar ligado a las decisiones de los tribunales jerárquicamente superiores. Este puede, con la debida justificación, demostrar la diversidad del caso que fuera sometido a su análisis y no necesariamente aplicar la decisión del tribunal jerárquicamente superior. Lo que no está prohibido es la posibilidad de que la decisión judicial fuera distinta a la del tribunal superior basándose en la aplicación solamente en el libre convencimiento del juez.

Así, me parece engañosa la argumentación de que el seguimiento del entendimiento de las decisiones de los tribunales puede traducirse en una coacción al libre convencimiento del magistrado, al aplicar el derecho al caso concreto. Lo que debe quedar claro es que el hecho de la libertad de decidir, íntegra al miembro del Poder Judicial, no puede llegar a constituir una arbitrariedad. Esta libertad de decidir debe conformarse, antes, con la

guía de principios y normas a modo de faro, entre los cuales encontramos la ley y la Constitución.

De modo que los principios de seguridad jurídica e igualdad son de observación obligatoria y, en virtud de la fuerza normativa de la Constitución, el proceso no puede ser visto solamente como un medio de resolución de conflictos y sí como un instrumento de concretización de esos principios constitucionales. De esta forma, hay una vinculación en la aplicación de los referidos principios por los tribunales y jueces de primera instancia a través de la interpretación de las normas.

No existiría ningún atentado grave de que tales límites también fueran impuestos por la exégesis de los textos legales y constitucionales realizada por los tribunales, siempre que se le garantizase a cada juez el derecho de (y solamente de) perfilar, mediante una justificación plausible, una nueva solución para determinada clase de conflicto de intereses.

No obstante, debe haber un equilibrio entre el principio de seguridad jurídica, que garantiza la previsibilidad y la estabilidad de las relaciones sociales, y la dinámica de los hechos sociales al aplicar la ley a través del principio de isonomía, que son indispensables para la comprensión de la independencia de los jueces.

A partir del momento en que el precedente o la jurisprudencia dominante de los tribunales jerárquicamente superiores afecta el juzgamiento de otros procesos, entra a cuestionarse fuertemente la libertad de conciencia y el sentido de justicia de cada juez al dictar una decisión en el proceso judicial.

Podríamos preguntarnos por qué los jueces y magistrados pueden «torturar» al administrado en nombre de la justicia y se salvarían de ser torturados por un sistema jurídico capaz de ofrecer alguna seguridad objetiva a los administrados.

Una de las soluciones para encontrar un justo equilibrio, como ya se mencionó en los capítulos anteriores, reside en el hecho de exigir la fundamentación de los juzgados, donde sería posible detectar si la decisión del magistrado o juez se muestra en disenso con el entendimiento dominante, o si ese entendimiento discrepante carece de fundamentación seria de naturaleza dogmática.

En suma, en el seguimiento del precedente o la doctrina jurisprudencial, se espera que los jueces adhieran a las decisiones anteriores cuando abordan una misma cuestión, a pesar de su propio posicionamiento acerca de cómo tales cuestiones deberían haber sido decididas (Schauer 2017)¹⁹⁶.

Esto es así porque en un sistema normativo presidido por el principio de la legalidad, como lo son los sistemas español y brasileño, la vinculación del precedente o de la doctrina jurisprudencial debe buscarse en la norma o en el conjunto de normas (incluidos los principios constitucionales). En la medida en que se evite el conflicto entre el precedente/doctrina jurisprudencial y la independencia judicial, los jueces y magistrados serán independientes y estarán sometidos al imperio de la ley. La cuestión se centra en determinar la ley o las leyes que imponen al juez ceñirse al precedente/doctrina jurisprudencial puesto que el carácter vinculante del precedente o de la jurisprudencia no deriva de su configuración como norma jurídica y sí como un efecto de la norma jurídica legal que lo dispone.

En los sistemas españoles y brasileño, el juez está sometido al imperio de la ley y, en este sentido, la vinculación del precedente/jurisprudencia no es inherente a ellos y sí deriva de normas legales que, directa o indirectamente, sujeta a los órganos judiciales a los pronunciamientos anteriores. Se trata de un problema de derecho positivo, es decir, el valor que la ley concede a la jurisprudencia o al precedente.

¹⁹⁶ Schauer argumenta que: «Es así como los jueces están obligados a responder a la misma cuestión de forma idéntica a lo que otros respondieron antes de ellos, incluso si los jueces hubiesen preferido responder de manera distinta. El constreñimiento precedente, en Derecho, es precisamente esa obligación de seguir decisiones previas solo por causa de su existencia, y no por causa de percibir que es la más adecuada (por parte de quien juzga), y de esta forma contraintuitiva de raciocinio —ubicuo en el raciocinio jurídico (además de divulgada por todas partes) es, de forma significativa, diferente de la forma típica de raciocinio analógico, sea desde dentro o fuera del Derecho» (Schauer 2017:62) (pág. 62 en la versión traducida). [Traducción libre de la autora.] Original: «Assim, os juízes são obrigados a responder a mesma questão de forma idêntica a que os outros responderam antes dele, mesmo que eles tivessem preferido responder de maneira distinta. Constrangimento precedente, em direito, é precisamente esta obrigação de seguir decisões prévias apenas por causa de sua existência, e não por causa de sua percepção como sendo mais adequada (por parte do atual julgador), e esta forma contraintuitiva de raciocínio - ubíqua no raciocínio jurídico (além de espalhada por toda parte) é - de uma forma importante - diferente da forma típica de raciocínio analógico, seja dentro ou fora do direito. »

4.2. ¿Estaríamos ante un nuevo enfoque dado al papel de la jurisprudencia y de la sociedad moderna?

En algunos casos, en virtud de la presión ejercida por necesidades sociales inaplazables, la jurisprudencia comenzó a suplir la inercia del legislador y fue paulatinamente «renovando» la interpretación de las normas legales que se encontraran ya incompatibles con los nuevos tiempos. Específicamente, en estos casos, después de un prolongado trabajo interpretativo, la comprensión de la ley se presenta prácticamente en un sentido distinto al de su entendimiento original (Carneiro 2005)¹⁹⁷.

Los cambios en la sociedad moderna han impuesto una visión diferente del derecho en virtud de la complejidad de los casos traídos ante el Poder Judicial, obligando a los jueces

¹⁹⁷ El renombrado autor brasileño cita el siguiente ejemplo clásico de modificación de la interpretación por la jurisprudencia antes de una alteración legislativa: «O antigo Código Civil, de 1916, em seu art. 1.523 dispunha que os atos dos prepostos somente acarretavam a responsabilidade civil dos preponentes (do patrão, do empregador) “provando-se que concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte”. Mas vieram os tempos dos veículos motorizados e dos transportes de massa, e as vítimas de acidentes de trânsito com frequência ficavam desamparadas: quase sempre o condutor do veículo de transporte coletivo, sendo pobre, não dispunha de recursos para responder à ação indenizatória; e os empregadores (como as empresas de ônibus, de ferrovias, de bondes) alegavam que em nada haviam concorrido para o acidente, pois teriam contratado pessoa legalmente habilitada para tal emprego e a ela determinado conduta prudente. Para evitar denegação de justiça, os juízes de primeiro grau, seguidos logo pelos tribunais, vieram a exigir que os empregadores fizessem prova da inexistência da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Mais tarde, passou abertamente a prevalecer uma responsabilidade ampla, considerando-se os empregados como uma *longa manus* do empregador, o qual, lucrando com a atividade, deveria arcar também com os respectivos ônus. Tal jurisprudência, de excepcional força “revocatória”, foi por fim recebida pelo novo Código Civil, de 10 de janeiro de 2003, cujo artigo 933 dispõe que as pessoas (pais, tutores, empregadores etc.) indicados no artigo 932, “ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos». En la misma línea del ejemplo citado anteriormente, el autor Vicente Ráo (2004, 295) demuestra que el referido ejemplo se refiere a una actitud de los tribunales ante disposiciones de ley que no corresponden más a las necesidades sociales; se trata de juzgados que rompen con el principio expreso de la ley según el cual la responsabilidad solo puede resultar de la culpa (*in eligendo* o *in vigilando*) y juzgan con innovación a la ley. El autor concluye: «dir-se-á que tais julgados não têm valor de normas universais e obrigatórias, por serem suscetíveis de não aplicação, ou alteração, em casos futuros e idênticos. Mas, na realidade, a jurisprudência, quando se afirma em certo sentido e se revela de modo constante, atua *de fato*, como se fora um direito normativo, porque os juízes *sempre* a aplicam aos novos casos concretos».

a decidir de acuerdo con la peculiaridad del caso concreto. Esto significa que, de algún modo, debería haber una flexibilidad del sistema.

La búsqueda de la «voluntad de la ley» ha sido superada, demostrando así la distinción entre la norma y el sentido de la misma, por lo que se ha desvanecido la esperanza de que la ley tuviese un sentido tan permanente y constante como el de las verdades matemáticas; en otras palabras, se ha superado la tarea confiada a los jueces que consistía en descubrir la «voluntad de la ley».

Luiz Flávio Gomes señala que:

En la época del Estado absoluto (absolutismo), el Monarca reunía en sus manos «todo» el Poder, en tanto que el juez era nada más que su *longa manus*, sin ninguna independencia. Como el poder absoluto dio lugar a tiranías absolutas, los jueces eran detestados. De ahí la reacción contra ellos de la burguesía victoriosa en la Revolución francesa. Para sustraerles del mayestático poder que detentaban, se fijó la regla de que solo podían dirimir los conflictos intersubjetivos pronunciando las palabras de la ley. En Europa, con el surgimiento de las llamadas «constituciones normativas», particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, cambia totalmente la posición del juez. La ley solo es válida si guarda consonancia con la Constitución y le cabe al juez el deber de verificar esa compatibilidad vertical. En los Estados Unidos, esa posición ya estaba asegurada desde 1803, con el *judicial review* (es decir, el mecanismo de control judicial) de Marshall. El juez, de mero *longa manus* del Monarca y aplicador «automático» de la ley, pasó a desempeñar un papel de relevancia sin igual dentro del Estado Constitucional y Democrático del Derecho. En el constitucionalismo moderno, no hay quien niegue que el juez es también «un centro de producción normativa» (Gomes 1997). [Traducción libre de la autora.]

A pesar de que no podemos afirmar que el juez es un centro de producción de normativas como afirma los referidos autores, lo que se constata es que el reconocimiento de la primacía de la ley en los países que acompañan a la familia del *civil law* no elimina la necesidad de la interpretación.

El mundo moderno, construido en base a sociedades cada vez más complejas y especializadas, junto con una creciente judicialización de casos que antes no eran de importancia para el derecho, así como el surgimiento de las relaciones jurídicas no previstas en el ordenamiento positivo, impone que se reconozca que la actividad judicial no puede limitarse a repetir sencillamente las palabras de la ley (Tostes 2004, 21).

En este sentido, no hay más lugar para el juez «robotizado». Se exige que el Poder Judicial acompañe la evolución de la sociedad en que está inserto con la incumbencia de dar significado a la letra fría de la ley. Le cabe a la actividad judicial la función de adecuar la ley al caso concreto, humanizando el precepto genérico e impersonal (Silva 2008, 14-15)¹⁹⁸.

En el paradigma actual, se ha superado la concepción tradicional, donde la interpretación se entendía apenas como un descubrimiento del sentido del texto normativo, para asumir otra concepción, en la cual se verifica un proceso creativo de adaptación de la norma al caso concreto (Guastini 1997, 123-125; Oliva Santos *et al.*, 2016, 338-339; Liebman 1986, 59), ya que este mecanismo no constituye una operación mecánica y su aplicación necesita considerar los hechos como materia y el Derecho como herramienta.

Digo creativo en el sentido de la adaptación de la norma al caso concreto. Los Tribunales están obligados a manifestarse basándose en los preceptos establecidos por el legislador mediante un abanico de posibilidades en la interpretación. Y es desde esta perspectiva que se debe establecer un patrón normativo de conducta que deriva de circunstancias sociales cambiantes que surgen a partir de la dinámica de las sociedades modernas, donde las innovaciones tecnológicas y los nuevos comportamientos conducen en esa dirección.

De esa forma, el Tribunal al interpretar y aplicar la norma del caso concreto debe tener en cuenta una elección valorativa para su análisis de la mejor respuesta judicial al caso presentado, aunque se quiera y se deba actuar con neutralidad, tecnicismo y profesionalidad.

¿Acaso estaríamos ante un nuevo parámetro donde la norma legislativa se va ligando poco a poco con las decisiones judiciales? Me explico. En los países de la familia del *civil law*,

¹⁹⁸ Al hablar de la crisis del Poder Judicial, recuerda Silva que el derecho, formado por la jurisprudencia, navega contra las aspiraciones del siglo XIX, con su conocida vocación por la legislación y los códigos. Argumenta que nuestras instituciones procesales, entretanto, no fueron informadas de esa prodigiosa transformación, ni fue posible instruir a un magistrado adecuado para esas nuevas tareas. Finalmente, concluye que en cuanto al siglo XIX, se suponía que el derecho estaba contenido en la ley, pero en los tiempos actuales esa ilusión no existe más: «comprendiendo que la ley, en cuanto texto, es apenas una precaria expresión de la norma, frecuentemente mal concebida, que el juez tiene que interpretar y aplicar al caso concreto». Norma, sostiene el autor, cuyo sentido se modifica ante inevitables transformaciones políticas y sociales.

la ley desempeña un papel importante para fijar los principios del derecho y de los ideales de justicia. Debe, en la medida de lo posible, detallar cada vez más el campo de su aplicación para que se concrete el principio de la seguridad jurídica. Por otra parte, al no contar con la rapidez exigida en las sociedades contemporáneas para responder con éxito a los nuevos anhelos constantes para que haya cambios en lo cotidiano tanto en lo social como en lo económico, es por medio de la actuación judicial que los tribunales pueden adaptar las reglas jurídicas a las nuevas realidades. De esta forma aparece la decisión judicial como una respuesta adecuada a los conflictos de la población, reflejando así la realidad de una sociedad en armonía con el cambio generado por los hechos sociales.

Este contexto va forzando al legislador para que permita, a través de mecanismos procesales o técnicas reguladoras destinadas para la uniformidad previstos en la ley, que los tribunales ejerzan cada vez más un papel importante en la aplicación del sentido de la norma¹⁹⁹.

Ante la reiteración de casos y la reafirmación de la *ratio decidendi* en los juicios será posible comprender el sentido de la norma y, en este sentido, el «juez es, efectivamente, la boca de la ley —no porque reproduzca como un ventrílocuo el habla del legislador, como le gustaría a la Escuela de la Exégesis, sino porque atribuyó su voz a la dicción legislativa haciéndola, finalmente y entonces, audible en todo su múltiple y variable alcance» (Martins-Costa 1998, 139).

No veo ninguna exageración al afirmar que, actualmente, los operadores del derecho se muestran mucho más atentos a la interpretación que los tribunales están confiriendo a la norma. Esto sucede porque la interpretación no persigue el sentido de la norma, sino uno de los sentidos que deberá ser contextualmente posible y adecuado. Esa posibilidad de una multiplicidad de interpretaciones hace posible la evolución de la norma aunque el texto permanezca siendo el mismo.

¹⁹⁹ Raz (1975, 16) argumenta que: «Reasons can be used for guiding and evaluating only because they can also be used in explanation, and their unique feature as a type of explanation is that they explain behaviour by reference to considerations which guided the agent's behavior».

Ante este contexto, el Poder Judicial y, principalmente, las Cortes, tienen un papel esencial en concretizar la Constitución y la legislación infraconstitucional por medio de sus decisiones judiciales.

4.3. ¿Estaremos en camino hacia el precedente?

Parece relativamente claro sostener que el precedente judicial es una decisión judicial anterior a un caso concreto que será utilizada para la solución de casos posteriores.

Aquí vale recordar que el *common law* estableció la doctrina de los precedentes como una cuestión de fuente del ordenamiento jurídico y que la vinculación nació con la doctrina del *stare decisis* con el objeto de vincular las decisiones del tribunal.

Entretanto, la pregunta es: ¿por qué utilizar una decisión anterior para solucionar casos posteriores? El interés por esta respuesta reside en la posibilidad de explicar el uso concreto de los instrumentos jurídicos por parte de los jueces y los tribunales en la aplicación del derecho.

Víctor García Toma intenta explicar los motivos detrás de la utilización del precedente vinculante por medio de los siguientes presupuestos, *in verbis*:

- a) Cuando es evidente que los operadores jurisdiccionales o administrativos han estado resolviendo una determinada figura jurídica, o una modalidad o tipo de casos, con distintas concepciones o interpretaciones; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b) Cuando es evidente que los operadores jurisdiccionales o administrativos han estado resolviendo con base en una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- c) Cuando es evidente que existe un vacío normativo.
- d) Cuando es evidente que existe una norma carente de una interpretación jurisdiccional en el sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.

e) Cuando es evidente que hay necesidad de cambiar el precedente vinculante (Toma, García)²⁰⁰.

La filosofía del Derecho elaboró diferentes modelos explicativos para volver relevante el uso del precedente, ordenándolo en dos tipos de argumentos según lo descrito por Leonor Soriano, los cuales pueden denominarse argumentos pragmáticos y argumentos de justicia formal (Moral Soriano 2002, 128).

De acuerdo con el primer argumento, el motivo para seguir los precedentes radica en los beneficios por ellos obtenidos; es decir, en la uniformización de la aplicación de la ley, en una economía procesal, en la previsibilidad de las decisiones judiciales, en la seguridad jurídica y en el prestigio de los tribunales, entre tantos otros. En cuanto al segundo, con respecto al argumento de la justicia formal, el motivo para seguir los precedentes es el principio de igualdad, dado que casos iguales requieren un tratamiento semejante.

Cualquiera que sea el fundamento, no queda la menor duda de que la identificación del precedente aporta innumerables beneficios para cualquier sistema jurídico, en especial si son iguales las decisiones proferidas en casos iguales, lo que posibilitará la previsión del juzgamiento final de las demandas como forma de garantizar una mayor seguridad jurídica y igualdad.

En este sentido, los tribunales asumen una función importante que consiste en formular respuestas para situaciones no previstas y en adaptar las antiguas normativas a las nuevas realidades. Se vuelve, de forma gradual, al estudio del papel de las decisiones judiciales.

Se recuerda que el precedente puede concebirse como un fenómeno generalizado y aplicado en cada ordenamiento jurídico, y está infiltrado en los diversos ordenamientos jurídicos en función de una combinación de los diferentes factores que posibilitan su inserción con mayor o menor intensidad en cualquier legislación. La doctrina del precedente puede estructurarse en cualquier ordenamiento a través de diferentes factores.

En este sentido, el precedente, en cuanto a la manera en que el Tribunal interpreta o aplica determinada norma jurídica a un caso concreto anterior y en su fuerza «vinculante» (o en

²⁰⁰ TOMA, Victor García. *La sentencia constitucional*. Disponible en: <http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/18abfa4cb269c78ca321c53e573f1346/Discurso_VGT.pdf>. Acceso: 26 de marzo de 2012.

su seguimiento obligatorio), refleja el modo en que el juez interpreta y aplica la referida norma jurídica en el caso posterior o análogo. De acuerdo con ese parámetro, me parece claro que ambas familias jurídicas, tanto la correspondiente al *civil law* como al *common law*, buscan eliminar la inseguridad jurídica y la aplicación indiscriminada de la ley mediante la adopción de un sistema de precedentes.

Lo que se observa en los países que acompañan a la familia del *civil law* es que un sistema normativo no excluye necesariamente la creación judicial del derecho en los términos mencionados anteriormente; esto es así porque dicha creación no coloca a la jurisprudencia o el precedente como fuente de derecho y sí como un instrumento que busca la eficacia vinculante de una o más resoluciones judiciales como forma de solucionar casos futuros similares o iguales. Las normas jurídicas, al concretizar los principios constitucionales de seguridad jurídica y de igualdad en cuanto a la manifestación de la justicia, deben ser observadas de acuerdo con lo establecido por el legislador. Pasa a ser así un problema de derecho positivo o de valor que la ley concede a la jurisprudencia o a una determinada decisión judicial (precedente).

Uno de esos factores es el énfasis en la forma de estructurar la doctrina del precedente en los ordenamientos a través de la eficacia de la *ratio decidendi* de una decisión judicial. De modo que la referencia de eficacia del precedente en diversos grados ofrece una reflexión para examinar su influencia en los ordenamientos que componen la familia del *civil law* y, principalmente, su impacto en el ámbito de la jurisprudencia.

La pluralidad de los métodos hermenéuticos, sin importar cuáles sean estos (gramatical, histórico, teleológico, sistemático, etc.), a veces lleva a que la interpretación de un texto legal, o de una decisión judicial, alcance resultados muy diversos, lo que dificulta encontrar una sola interpretación; de ahí la importancia de determinar qué es la *ratio decidendi* y qué es la *obiter dictum*.

Y aquí vale recordar a Michele Taruffo al decir que la *obiter dictum* es todo aquello que no esté dentro de la *ratio decidendi* por diversas razones, ya sea porque son principios jurídicos colacionados en la decisión que no servirán de criterio efectivo de decisión, o porque son discusiones de cuestiones hipotéticas o no cultivadas por las partes (Taruffo 1994, 421).

Señala el método de los *reports* ejercido por los países anglo-americanos como una forma de diferenciar a la *ratio decidendi* de la *obiter dictum*. En dicho sistema, hay funcionarios encargados de seleccionar los casos que serán publicados en los *law reports* (informes legales), en función de una adecuación de la constitución de un precedente, por lo que la decisión judicial es interpretada a la luz de las *fattispecie* del caso.

La dificultad en los países de la familia del *civil law* radica en una identificación de una o más causas sometidas a la Justicia, habiendo una necesidad de distinguir entre los puntos relevantes y los aspectos marginales de la decisión, para que se puedan trazar los límites entre los temas centrales y los periféricos de la misma.

En el ordenamiento jurídico brasileño, los enunciados de *súmulas* vinculantes del *Supremo Tribunal Federal* se presentan como una técnica reguladora, destinada a uniformizar tanto la jurisprudencia consolidada (consensuada) como la dominante sobre determinada materia. Esta técnica en nada se asemeja al precedente, puesto que en la formación del enunciado de la *súmula* se presupone la existencia de más de un juzgado en el sentido de una determinada tesis jurídica. El enunciado de la *súmula* representa la condensación de la jurisprudencia dominante o consolidada (consensuada) acerca de un tema determinado en un enunciado sintético que pretende ser la *ratio decidendi* empleada en el juzgamiento de las decisiones judiciales que servirán de base para el enunciado.

La sistemática de los enunciados de las *súmulas* vinculantes emanadas por el *Supremo Tribunal Federal* corresponde a una síntesis de las decisiones repetidas, donde un análisis de la cuestión fáctica es bastante menos riguroso que en la aplicación del precedente. No puede negarse la importancia del caso particular en favor de la regla que ha de ser aplicada, pero no lo coloca en el centro de su decisión, adecuándose más a un modelo piramidal donde hay un mayor distanciamiento del caso concreto a medida que subimos en dirección a la cima.

Cabe observar que en Brasil existe una referencia a las decisiones de los juicios que sirven de base para la formulación de la *súmula* con el objetivo de comprender su sentido y como forma de fundamento que sirva de criterio de uniformización de la jurisprudencia. Solamente a partir de la comparación, de la verificación, acerca de si los hechos son similares o no es que será posible la aplicación de algunos institutos de la *common law*. Es en la *ratio decidendi* que surgirá la confianza del jurisdicionado en la continuidad de un modo determinado de decidir.

En Brasil, el nuevo CPCbr, innovando exactamente en este punto, inserta en la ley el deber de respeto hacia los precedentes, conforme a lo dispuesto en el artículo 926: «los tribunales deben uniformizar su jurisprudencia y mantenerla estable, íntegra y coherente». El *Fórum Permanente de Processualistas Civis* (FPPC)²⁰¹ alcanzó conclusiones que nos permiten reflexionar acerca de algunos puntos introducidos en el referido artículo.

De acuerdo con los integrantes del FPPC, la estabilidad y la coherencia a las que se refiere el encabezamiento del artículo 926 consiste en el deber de los tribunales de observar y no ignorar los propios precedentes. El deber de coherencia significa el deber de no contradecir, o sea, el deber de los tribunales de no decidir en casos análogos contrariamente a las decisiones anteriores, salvo que hubiera alguna distinción o superación. En cuanto a la dimensión del deber de integridad, según el FPPC, consiste en que los tribunales decidan conforme a la unidad del ordenamiento jurídico y en observancia de las técnicas de distinción y superación de los precedentes, siempre que sea necesario, para adecuar ese entendimiento a la interpretación contemporánea del ordenamiento jurídico²⁰².

En el inciso 2 del referido artículo, el legislador aclara que al trabajar los enunciados de la *súmula*, los tribunales deben ceñirse a las circunstancias fácticas de los precedentes que habrían motivado su creación. Esta disposición revela que la aplicación de precedentes que servirán de base para la composición del enunciado de la *súmula* debe ocurrir de modo discursivo y no mecánico. Para eso, se deben considerar sus fundamentos (los juzgados que lo formarán) y las potenciales identidades con el actual caso concreto.

²⁰¹ El *Fórum Permanente de Processualistas Civis* es un evento al cual acuden letrados procesales de todo Brasil con el objetivo de discutir el novo CPCbr.

²⁰² Al respecto, véanse los Enunciados del Foro Permanente de Procesalistas Civiles (VIII F P.P.C 2017, 57), y en particular los enunciados 453 y 454, a saber: «453. (arts. 926 e 1.022, parágrafo único, I) A estabilidade a que se refere o caput do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência) 454. (arts. 926 e 1.022, parágrafo único, I) Uma das dimensões da coerência a que se refere o caput do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência). (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)».

El otro instrumento previsto recientemente en el nuevo CPCbr es el incidente de la resolución de demandas repetitivas destinado a las innumerables acciones que se plantean ante el Poder Judicial con el mismo cuestionamiento jurídico y que provocan un riesgo de ofensa a la isonomía y a la seguridad jurídica. Se privilegian las decisiones proferidas en el incidente en última instancia por el Superior Tribunal de Justicia, a través del recurso especial, como también las decisiones proferidas en el incidente que llega al Supremo Tribunal Federal a través del recurso extraordinario. Se trata de una decisión del tribunal que tendrá eficacia externa vinculante en lo tocante a la razón de decidir sobre la cuestión de derecho controvertida. De acuerdo con la referida técnica reguladora de uniformidad a la *ratio decidendi*, no se forma a partir de la extracción de las razones predominantes de la decisión proferida en un caso concreto, sino mediante una técnica concentrada y directa de la resolución de las cuestiones comunes extraídas de los procesos paralelos que se encuentran en trámite y que fueron seleccionados para el conocimiento de la materia de forma más abarcadora.

Se abstrae la tesis jurídica a partir del análisis de la modulación fáctica existente en los procesos seleccionados. Esa modulación es extraída del análisis de los casos concretos seleccionados en los procesos paralelos y que serán proyectados para el futuro.

Lo mismo ocurre en la decisión final de los recursos especiales y extraordinarios repetitivos. En cuanto a la multiplicidad de recursos con fundamento en una idéntica cuestión de derecho, habrá una selección de recursos denominados «paradigmas» o «pilotos» con la suspensión de todos los procesos pendientes individuales y colectivos que versen sobre la cuestión y que se tramiten en el territorio nacional. La decisión final del recurso representativo abarcará el análisis de los fundamentos relevantes de la tesis jurídica discutida y vinculará a los demás órganos que deberán aplicar la tesis suscrita por el *Supremo Tribunal Federal* o el *Superior Tribunal de Justicia*.

La decisión dictada, tanto en el incidente de resolución de demandas repetitivas como en el recurso especial o extraordinario repetitivo en los términos mencionados anteriormente, se caracteriza por fijar el entendimiento con respecto a determinada materia; en otras palabras, determina de forma obligatoria la orientación que deberá ser seguida por todos los recursos que tengan la misma cuestión de derecho y que estén encuadradas dentro de un mismo contexto fáctico.

Se observa que al contrario, en el sistema del *common law* de un único juzgado se extrae la regla que ha de ser aplicada en la decisión de casos futuros; es decir, el juez analiza al juzgar un caso sucesivo o similar que se aplique la *ratio decidendi* extraída del precedente. Se trata de una justificación formal explícita o implícitamente formulada por el juez, pero suficiente para decidir la cuestión jurídica planteada por los argumentos de las partes, una cuestión con respecto a la cual se necesitaría una resolución para la justificación de la decisión en el caso. Esa justificación significa una limitación de las posibilidades de alteración de lo que ya fuera decidido²⁰³. El precedente guarda relación con una decisión de un caso particular, debiendo el juez del caso posterior decidir, mediante el análisis de la identidad de los hechos, si se aplica o no la *ratio decidendi* anterior.

Sin embargo, los mecanismos de uniformidad previstos en el ordenamiento jurídico brasileño se asemejan al precedente en el sentido de que compensan la divergencia en la interpretación y fijan simultáneamente puntos de partida para una decisión, ya que conducen a una pauta de conducta donde la justificación de la decisión en el incidente de la resolución de demandas repetitivas, en el recurso repetitivo y en los enunciados de las sùmulas vinculantes direccionan hacia una limitación de las posibilidades de alterar los parámetros de conducta dentro de lo que se estableció. En este sentido, se debe comprender la exacta dimensión de los mecanismos expuestos anteriormente.

Por otro lado, los mecanismos recorridos por la legislación procesal española aún no han demostrado claramente el camino a ser seguido por el Tribunal Supremo Español en comparación con el ordenamiento jurídico brasileño. El legislador español a través de la LEC apostó por un modelo de casación que, sin apartar toda su atención de la *ius litigatoris* o la “función privada”, potenció la creación de jurisprudencia y se concentró en la aplicación de la ley a través de la interpretación proyectada para casos futuros y no para un caso específico, orientando y prefijando la regla que ha de ser seguida por los tribunales inferiores. Se pretendió garantizar la seguridad jurídica implícita en la

²⁰³ MacCormick (1998, 199) entiende que deber haber una razón suficiente que justifique no seguir con un precedente. Para eso, sería necesario demostrar que la «nueva decisión es más coherente con la línea central del desarrollo jurídico, que sería más justa de lo que es la decisión del precedente o que produciría consecuencias preferibles a las que serían generadas por la adopción de los precedentes o el precedente en cuestión». En (MacCormick, 1994, 80 y sigs., 199-204), el referido autor analiza también la justificación formal explícita.

previsibilidad de las resoluciones judiciales bajo el aspecto de la *ius constitutionis*²⁰⁴ (o la función pública).

²⁰⁴ Galič (2014, 4-5) argumenta que: «La función principal de la corte suprema cuando tiene que decidir sobre apelaciones finales puede ser en privado o en público. La corte suprema puede centrar [el debate] en los fines privados para una resolución justa y correcta de cada caso individual (en alemán: *Einzelfallgerechtigkeit*), de modo de intentar cumplir con las expectativas de los litigantes del caso que esté siendo tratado. En dicho caso, la actividad de la corte suprema se orienta primordialmente hacia el pasado—verificando, teniendo presente el interés de las partes, si la ley ha sido aplicada correctamente en los tribunales inferiores. La corte suprema debería intervenir cuando le son referidos por los tribunales inferiores errores graves, aun cuando dichos errores afecten solamente los intereses de las partes y un juzgamiento por parte de la Corte Suprema no ayudaría a desarrollar el derecho en general. I should be guaranteed, to the maximum possible extent, that justice is done in the litigation in question. La corte suprema, sin embargo, puede alternativamente centrarse en los fines públicos del proceso judicial, orientada primordialmente hacia los efectos de sus decisiones en el futuro (como ha sido tradicionalmente el caso con las cortes supremas no solo en las jurisdicciones de la *common law*, sino en Escandinavia también). La función pública del proceso de toma de decisiones en las cortes supremas consiste en salvaguardar y promover el interés público al asegurarse de la uniformidad de la jurisprudencia, el desarrollo de la doctrina, y brindar orientación a los tribunales inferiores y, por consiguiente, asegurar la predictibilidad en la aplicación de la ley. Esto debe hacerse de manera de proporcionar la máxima clarificación para casos similares en el futuro. Por lo tanto, brindar orientación bajo la forma de clarificación y de desarrollo de la ley materializada en un precedente evita futuros conflictos privados. Por supuesto, al decidir casos reales (los cuales no deberían confundirse con el dictar dictámenes [opiniones consultivas] o declaraciones interpretativas vinculantes), la corte suprema también protege los intereses privados de las partes en los casos. Pero esto meramente es algo así como un “producto derivado” o un “efecto colateral” de su actividad, la cual es básicamente destinada a tener efectos positivos generales para el futuro. La dimensión subjetiva de una apelación en cuanto a determinados puntos de la ley, es decir, la protección de los derechos de las partes en conflictos específicos, no es lo fundamental.». [Traducción libre de la autora.] Original: «The main function of the supreme court when it comes to deciding final appeals can be either private or public. The supreme court can focus on the private purpose of the just and correct resolution of every individual case (in German: *Einzelfallgerechtigkeit*), thereby striving to fulfil the expectations of litigants in the case at hand.²⁶ In such a case, the activity of the supreme court is predominantly oriented towards the past – by checking, in the interest of the individual parties, whether the law has been applied correctly in the lower courts. The Supreme Court should intervene when serious errors by lower courts are referred to it, even if such errors merely affect the interests of parties and a judgment of the Supreme Court would not help to develop the law generally. It should be guaranteed, to the maximum possible extent, that justice is done in the litigation in question. The supreme court [sic], however, can alternatively focus on the public purpose of adjudication, oriented foremost to the effects of its decisions on the future (as has traditionally been the case with supreme courts not only in common law jurisdictions, but in Scandinavia as well). The public function of supreme courts’ decision-

En este sentido, con el propósito de atender los fines de unificación de la jurisprudencia, se desarrolló el «interés de casación» cuando la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o cuando resulta de puntos y cuestiones divergentes de las Audiencias Provinciales. Obsérvese que la recursividad por unificación de la doctrina jurisprudencial requiere una igualdad de los hechos entre la sentencia recurrida y la sentencia contrastada (López Sánchez 2002)²⁰⁵; en el caso contrario, el recurso no será admitido. Ya en el análisis del interés de casación, previsto por el art. 477.3 L. E. C., se debe comparar la sentencia que se pretende impugnar con otra sentencia, pero no directamente, sino de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de las sentencias producidas por el Tribunal Supremo español²⁰⁶. Se utiliza el mismo razonamiento en relación a las

making consists of safeguarding and promoting the public interest of ensuring the uniformity of case law, the development of law, and offering guidance to lower courts and thus ensuring predictability in the application of law. This must be done in such a way as to provide maximum clarification for similar cases in the future. Thereby guidance in the form of clarification and development of the law materialized in a precedent prevents future private conflicts. Of course, by deciding real cases (which should not be confused with rendering advisory opinions or issuing general binding legal opinions or binding interpretational statements), the supreme court [sic] also protects the private interests of the parties in these cases. But this is rather merely a “by-product” or a “collateral effect” of its activity that is primarily intended to have general positive effects for the future. The subjective dimension of an appeal on points of law, i.e. protecting parties’ rights in specific disputes, is not primary».

²⁰⁵ López Sánchez aborda el tema del interés casacional citando el artículo 483, inc. 2. 4 LEC, a saber: «2.4. Si la Sala entendiere que concurre alguna de las causas de inadmisión, dictará auto declarando la inadmisión del recurso de casación y la firmeza de la resolución recurrida. Si la causa de inadmisión no afectara más que a alguna de las infracciones alegadas, resolverá también mediante auto la admisión del recurso respecto de las demás que el recurso denuncie.» (López Sanchez 2002, 33).

²⁰⁶ El Acuerdo de la Sala Primera sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal (Tribunal Supremo de España, 2011) explicita que: «(...) III Interés casacional (...) 1. La oposición o desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del TS. La justificación, con la necesaria claridad, de la concurrencia de este elemento corresponde a la parte recurrente. El concepto de jurisprudencia comporta, en principio, reiteración en la doctrina de la Sala Primera del TS. Es necesario, en consecuencia, que en el escrito de interposición se citen dos o más sentencias de la Sala Primera del TS, y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas. La doctrina mantenida en las sentencias de la Sala Primera del TS invocadas en el escrito de interposición del recurso de casación no tiene carácter jurisprudencial cuando exista otra formulada en sentencias más recientes que se alejen de ella. No obstante, no es necesario que las sentencias invocadas se refieran a un supuesto fáctico idéntico al resuelto en la sentencia recurrida. En todo caso, la parte recurrente debe justificar que la resolución del

sentencias de las Audiencias Provinciales que coinciden en el trato dado a una cuestión de la sentencia impugnada pero que es contraria a la otra parte de la jurisprudencia²⁰⁷. Se verifica la importancia de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español con respecto a la interpretación de determinada norma que debe ser seguida en los casos posteriores que han de ser juzgados.

Por otra parte, obsérvese que una sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo español o una sentencia dictada de modo de fijar una doctrina por razón del

problema jurídico planteado en el recurso se opone al criterio seguido por la jurisprudencia (...). O acuerdo del pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 al tratar del interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo reitera el concepto de jurisprudencia (dos o más sentencias modificando a su criterio de decisión). Destaca en el mismo la reducción drástica de la revisión probatoria y una serie de aspectos formales, de estructura y forma del recurso, sobre los que no es posible extenderme en esta sede» (sin destacar en el original).

²⁰⁷ Así pues, el Acuerdo de la Sala Primera (Tribunal Supremo de España, 2011) establece que: «(...) III Interés casacional (...) 2. La existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP sobre alguno de los puntos o cuestiones resueltos por la sentencia recurrida. La justificación de la concurrencia de este elemento corresponde a la parte recurrente. El concepto de jurisprudencia contradictoria de las AAPP comporta la existencia de criterios dispares entre secciones de AAPP mantenidos cada uno con la suficiente extensión e igual nivel de trascendencia, de modo que puedan calificarse como jurisprudencia operativa en el grado jurisdiccional correspondiente a estos tribunales. En consecuencia, este elemento exige que sobre un problema jurídico relevante para el fallo de la sentencia recurrida se invoquen dos sentencias firmes de una misma sección de una AP que decidan en sentido contrario al seguido en otras dos sentencias, también firmes, de una misma sección. Esta última ha de ser distinta, pertenezca o no a la misma AP. Las sentencias han de haber sido dictadas con carácter colegiado. Una de las sentencias invocadas ha de ser la recurrida. Con el fin de evitar toda confusión, por razones de congruencia y contradicción procesal, cuando se cite un número elevado de sentencias en cada grupo solo pueden tenerse en cuenta, además de la recurrida, las que la parte recurrente destaque expresamente o, en su defecto, la más reciente o las dos más recientes. El problema jurídico resuelto debe ser el mismo. En consecuencia, la parte recurrente debe expresar el problema jurídico sobre el que existe la contradicción que alega, indicar de qué modo se produce esta y exponer la identidad de razón entre cada punto del problema jurídico resuelto en la sentencia recurrida y aquel sobre el que versa la jurisprudencia contradictoria invocada (...)» (sin destacar en el original). El Acuerdo del pleno no jurisdiccional del 27 de enero de 2017 estipula que el concepto de jurisprudencia contradictoria comporta la existencia de criterios dispares entre Secciones de Audiencias mantenidos con extensión suficiente e igual trascendencia de modo que pueda calificarse como jurisprudencia operativa, debiendo acreditarse que existen soluciones diferentes para el mismo problema por parte de diferentes Audiencias y que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre dicho problema.

interés de casación es suficiente para afirmar el posicionamiento del referido tribunal, siempre que no exista ninguna sentencia posterior que modifique el criterio anteriormente seguido, conforme a lo analizado en el «acuerdo del pleno no jurisdiccional de 2011». Lo mismo sucede cuando, a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la parte recurrente justifica debidamente la necesidad de modificar la jurisprudencia en relación con el problema jurídico planteado o porque ha habido una evolución de la realidad social o en virtud de la opinión común de la comunidad jurídica sobre una materia determinada. En este último caso, se ha hecho hincapié en un análisis de las cuestiones de hecho, lo que no sucede cuando se analiza la jurisprudencia.

Sin embargo, el legislador no atribuyó la fuerza especial vinculatoria necesaria para las sentencias de pleno, a pesar de haber indicado un camino en dirección a la aplicación del precedente como un mecanismo tendiente a producir los efectos unificadores de la jurisprudencia a través de un pronunciamiento único.

El legislador quitó fuerza normativa a los «acuerdos no jurisdiccionales»; no obstante, quedaron al amparo del art. 264 LOPJ para la adopción de una posición común en materias donde no hay pronunciamientos unificadores. Tales decisiones, a pesar de no ser jurisdiccionales, constituyen instrumentos valiosos para discutir cuestiones procesales y penales dudosas ya que señalan el camino que ha de ser seguido por el tribunal en la sede judicial.

Esos acuerdos no jurisdiccionales en nada se asemejan al precedente, donde una decisión judicial anterior a un caso concreto es utilizada para la solución de casos posteriores. En el caso en discusión, no son técnicamente decisiones judiciales conforme lo explica Araceli Manjón-Cabeza Olmeda al rechazar el fundamento de que el contenido de los acuerdos estaría plasmado en una decisión judicial emanada por un órgano jurisdiccional superior. Argumenta que el Tribunal Supremo es el «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes» (Manjón-Cabeza Olmeda 2008, 2) conforme a lo previsto en el art. 123 CE solamente cuando ejerce la «potestad jurisdiccional» (Manjón-Cabeza Olmeda 2008, 2) predeterminada por ley (art. 117.3 CE y art. 2.1 LOPJ) y no la «potestad» que ejerce en una reunión prevista en el art. 264 LOPJ (Manjón-Cabeza Olmeda 2008, 2).

Estos acuerdos poseen, en verdad, un carácter general, no estando limitados por las circunstancias particulares presentadas por el caso concreto. Pretenden en verdad establecer anticipadamente, y luego de un debate fundamentado, la deliberación sobre

cuestiones que han de ser aplicadas en el futuro. Se presenta como un instrumento de forma de hacer públicos los posicionamientos del Tribunal Supremo de forma meramente informativa sin un análisis del caso concreto²⁰⁸.

En el análisis tanto del ordenamiento jurídico español como del brasileño, podemos afirmar que ambos hacen hincapié en la importancia de analizar los hechos, así como los motivos que formarán la doctrina jurisprudencial, aunque no exista en la misma intensidad verificada en la doctrina del precedente. En la doctrina jurisprudencial, no hay una única decisión, sino varias decisiones; es decir, se presupone la existencia de más de un juzgado en el sentido de una determinada tesis jurídica. A partir de esta exacta comprensión, será posible extraer una modulación fáctica general y el principio extraído.

Si por un lado, en el sistema del *common law* lo que vincula es la *ratio decidendi*; es decir, la regla extraída de la decisión judicial con base en el caso concreto. Y por el otro lado, en el sistema del *civil law*, por medio de una aproximación que debe ser hecha de esos dos sistemas, la doctrina jurisprudencial debería ser seguida solamente de constatarse de que los motivos de las decisiones que fundamentan la doctrina jurisprudencial fueron sentencias similares o análogas al caso concreto que ha de ser analizado. Lo que importa en ese análisis es una modulación comparativa de los hechos y un análisis de los motivos determinantes de la decisión.

Esto es así porque la doctrina jurisprudencial constituye la repetición de las sentencias consideradas dominantes acerca de un determinado tema. Se agrupan varias *ratios decidendi* empleadas en el juzgamiento de las sentencias y, para servir de criterio de uniformización de la jurisprudencia, se hace imperiosa la referencia a los juzgamientos que sirvan de base para la formulación de la doctrina jurisprudencial con el objetivo de comprender su sentido.

Solamente después de esa comparación será posible el método llamado *distinguishing* o, entonces, cambiar la orientación anteriormente definida (*overruling*).

²⁰⁸ Manjón-Cabeza Olmeda (2008, 25) concluye que el procedimiento utilizado comporta que este acuerdo no tiene carácter vinculante ni valor jurisprudencial, pues solo lo adquirirá en la medida en que sus soluciones se vean reflejadas en las resoluciones jurisdiccionales dictadas por la sala del TS.

De modo que las sentencias judiciales que servirán de base para establecer los fundamentos de la doctrina jurisprudencial deben ser examinadas cuidadosamente para determinar la similitud del hecho entre ellas.

Se debe analizar si la regla deducida constituye la fundamentación de la decisión o consiste solamente en un *dictum*; además, si las cuestiones presentadas en los casos anteriores fueron efectivamente consideradas y decididas. Dicho análisis es de fundamental importancia, por lo que una cuestión que no haya sido planteada o presentada ante la Corte o que no haya sido tomada en consideración a la hora de su juzgamiento, aunque estuviera lógicamente presente en el caso y pudiera haber sido abordada, no podrá servir de fundamento para la aplicación de la sentencia judicial en la formación de la doctrina jurisprudencial si no ha sido debidamente enfrentada y decidida.

Esto es así porque es en la *ratio decidendi* donde surgirá la confianza del particular en la continuidad de un modo dado de decidir.

La razón de esa máxima me parece obvia ya que la cuestión efectivamente fue cuidadosamente investigada y considerada en toda su extensión. Así puede suceder que algunos puntos importantes permanezcan oscuros sencillamente porque no fueron cuestionados o planteados durante el juicio.

La delimitación de la modulación fáctica será fundamental para la aplicación del principio de la seguridad jurídica tanto en cuanto al aspecto de la seguridad objetiva (de orientación o corrección estructural) como con respecto a la seguridad en el sentido funcional. Desde un punto de vista macro, es a través de la modulación fáctica que personas iguales involucradas en un mismo escenario fáctico-jurídico litigioso recibirán un tratamiento igual. Sin embargo, existen casos en que el examen de la actividad jurisdiccional adopta una forma y función de comparación individual y concreta para determinar las consecuencias jurídicas, siendo esto así porque a pesar de que el derecho positivado sea el mismo para todos, habría factores sociales, religiosos y culturales que tendrían influencia sobre el resultado de la actividad interpretativa del magistrado, de modo de adoptar decisiones necesarias para complementar las normas jurídicas ante situaciones fácticas distintas.

4.4. La modulación fáctica: un equilibrio entre la desconsideración y la exacerbación de los aspectos situacionales

Obsérvese que el razonamiento propio en un régimen de precedentes puede conducir o incluso inducir a errores siempre que se hubieran considerado inadecuadas o displicentes las semejanzas y las diferencias de las situaciones o circunstancias comparadas al momento de aplicar los precedentes.

El primer error es la desconsideración de los aspectos situacionales que impedirían la aplicación de los precedentes, dado que la displicencia en relación a algunos hechos es un motivo que ciertamente puede llevar a los jueces a dejar de aplicar precedentes apropiados para los casos que juzgan. Y, por otra parte, la exacerbación de la importancia de los hechos podría llevar, de la misma forma, a no aplicar los precedentes apropiados puesto que es posible que una decisión adopte como fundamento un hecho prácticamente irrelevante para el caso.

Una de las principales razones para el seguimiento de la doctrina del precedente en la familia *common law* es tratar a los casos iguales de forma semejante, lo que está por detrás de la justicia. Esto revela inmediatamente una de las dificultades decisivas del precedente, a saber: no hay dos casos que sean completamente iguales. Es siempre posible encontrar una diferencia. El problema real, por tanto, es determinar cuáles serían las diferencias relevantes.

Hay otro punto importante para discutir. Es posible que un caso sea exactamente igual a un caso anteriormente decidido en todas las circunstancias relevantes y aun así una decisión sería diferente de otra porque la evaluación de las circunstancias se alteró durante el lapso temporal. Resulta importante aquí volver al análisis de la concepción universalista y particularista, conforme a lo analizado en los capítulos anteriores.

El universalismo demuestra no ser importante para un análisis del caso particular en favor de la regla que ha de ser aplicada a partir del momento en que fueron cumplidas las condiciones generales de su aplicabilidad. Obsérvese que en estas situaciones hay una exigencia de respeto hacia el precedente observado o de cumplimiento de las circunstancias relevantes; en otras palabras, esa condición general estará justificada a

través de dos motivos de decisión. En consecuencia, las circunstancias relevantes fueron juzgadas idénticas, lo que asegura la seguridad jurídica, la protección de la confianza y la igualdad formal de justicia en el sentido de tratar igualmente a los casos parecidos.

Por otra parte, al adherirnos a la concepción particularista, una característica relativa a un caso individual, dependiendo de las circunstancias, puede constituir una razón a favor o en contra del juzgamiento del caso, como también puede ser irrelevante. Cada circunstancia puede adquirir o perder relevancia según las características concretas del caso individual.

Cabe destacar que hay una identificación con la tesis universalista en el ámbito de la jurisprudencia en la medida en que se verifica el posicionamiento mayoritario del Tribunal por medio del análisis de una pluralidad de decisiones y de las características generales del caso concreto donde es posible identificar una línea de entendimiento que ha de ser seguida sin la necesidad de un análisis comparativo crítico de los hechos. Esto es así porque la jurisprudencia se sitúa entre la abstracción total de la norma y del precedente propiamente dicho.

Este hecho explica la dificultad de prever con precisión cómo un determinado entendimiento será aplicado en el caso concreto. No obstante, al alcanzar un patrón de conducta a través de una regla extraída de una modulación fáctica existente, es posible atribuir una mayor estabilidad al sistema jurídico. Figurativamente es sabido que las cebras poseen listas a lo largo de su cuerpo que las diferencia de los demás animales, pero no hay un patrón idéntico que se pueda observar en cuanto a la forma de estas listas. Sin embargo, no hay dudas al reconocer estas criaturas por medio de las listas estampadas en sus cuerpos. De la misma forma, el patrón de conducta, extraído de las decisiones de las altas Cortes, es suficiente para captar los parámetros generales dentro de los cuales aun así no sería posible prever con exactitud el resultado de cada caso individual en el futuro²⁰⁹.

²⁰⁹ Tal hecho en verdad impide el caos en la aplicación de la jurisprudencia. Bobek (2013, 250) argumenta que: «El salto cuántico realizado en el entendimiento de los patrones comportamentales de los sistemas complejos modernos de la física, astronomía, biología, química, y también de la economía, psicología o demografía tuvieron por objeto abrazar el caos. La Teoría del Caos, tal vez al contrario de lo que se deduciría por su nombre, no sugiere que no haya reglas o patrones. Lo que ya no argumenta es que el conocimiento del pasado desenvolvimiento de tales patrones garantice la habilidad para predecir los

No existen garantías de que se obtendría una mayor justicia en un caso concreto si hubiera un amplio margen de decisión para que los jueces aplicaran sus propios criterios de justicia al ponderar cuáles de las circunstancias de un caso concreto son relevantes. La cuestión a ser analizada es, ¿cuál es el grado de confianza concedido al juez en lo que se refiere a su casuismo frente a la interpretación hecha por las decisiones de las altas Cortes?

En el ámbito de las altas Cortes, que es lo que nos interesa en este momento, es posible que estas, al firmar su jurisprudencia con respecto a determinada materia, dejen un amplio margen para que los jueces conozcan los diversos casos presentados a través de una orientación menos rígida. En ese caso, habría una confianza en los criterios adoptados por los jueces de primera instancia a través de la formulación de reglas jurisprudenciales flexibles que permitirían una aplicación restrictiva o extensiva en función de las circunstancias del caso apreciado por cada juez. Pero, por otra parte, si las reglas jurisprudenciales son más rígidas, se retira por completo la confianza en los jueces de primera instancia.

En este contexto, Puig Brutau defiende que la jurisprudencia es la fuente del Derecho, no en el sentido de que los tribunales supremos tendrían competencia para establecer reglas que deberían ser seguidas por los tribunales inferiores y sí en el sentido que de los jueces tienen un considerable margen de discrecionalidad para adaptar el Derecho a las circunstancias del caso concreto. Esto es así porque el caso concreto que ha de ser juzgado puede presentar una serie de propiedades específicas que no se podrían tener en cuenta al momento de formular la regla general y que obligaría, por lo tanto, a introducir reservas no previstas. Según Puig Brutau (2006, 215): «si generalizar es omitir y legislar es generalizar, juzgar es volver a añadir parte, cuando menos, de lo omitido».

Obsérvese que el referido autor se muestra favorable a reducir la libertad del juez «en la medida de lo posible» (Brutau 2006, 88). Esta expresión remite a un juicio valorativo que

resultados de cada caso individual en el futuro. La Teoría del Caos sostiene que las características definidoras de los sistemas complejos son extremadamente sensibles a las condiciones iniciales, no-linealidad y la relación desproporcionada entre causa y efecto. En otras palabras, las pequeñas cosas significan mucho: a primera vista, las diferencias pueden tener un impacto impredecible y desproporcionado. No se trata solo del proverbial y, a estas alturas, bien conocido efecto mariposa. La idea general es que los sistemas complejos están gobernados por unas dinámicas no-lineales apenas predecibles». [Traducción libre de la autora.]

exige el establecimiento entre el equilibrio y la seguridad jurídica y la necesidad de adaptarse a las circunstancias del caso concreto para asegurar un resultado justo.

De manera que dependerá del margen dejado por las altas Cortes para que el juez de primera instancia conozca el caso concreto y reelabore el derecho existente para conceder una solución justa al conflicto de interés.

4.5. El papel de los tribunales en el proceso civil contemporáneo

La utilización del precedente en la familia del *common law*, de acuerdo con lo que se ha explicado hasta aquí, tendría una función doble: la resolución de conflictos y el enriquecimiento de las reglas. El establecimiento de las reglas por las Cortes fue considerado deseable aunque subordinado a un aspecto de la resolución de los litigios.

Se verificó en el análisis del capítulo I que la utilización del precedente contribuyó para la aplicación de un sistema inglés coherente y estable, la coherencia de las decisiones judiciales en este ordenamiento tiene por objeto la integridad del sistema jurídico al cual pertenece.

En la doctrina del *stare decisis*, la decisión acerca del carácter vinculante del precedente fue flexibilizada ante la necesidad del desenvolvimiento del derecho, teniendo en cuenta la conclusión de que la regla general extraída del precedente podría no ser coherente con el sistema y de esta forma se podría optar por alejarse del precedente, siempre y cuando fuera con una prudente moderación. Así, se concluye que el seguimiento de las decisiones anteriores en nombre de la coherencia del sistema podría conducir a una falta de integridad del mismo y, por eso, para mantener la unidad del ordenamiento jurídico, era necesaria la utilización de técnicas de interpretación de forma de establecer una armonía entre el valor de la seguridad jurídica y la justicia.

El precedente a través de su fundamentación conduce a una integridad del sistema a través del seguimiento de las decisiones anteriores, así como establece un equilibrio en la uniformidad de aplicación de la ley en el caso concreto de forma de garantizar tanto el valor de la seguridad jurídica como el de la justicia. Una *Supreme Court of United Kingdom* (antigua *House of Lords*) se presenta como una Corte de Precedente, seguida de la *Court*

of Appeal — esta solamente en los casos de los procesos en que no sean tratados por la Suprema Corte. Un precedente, aclaremos, consiste en una decisión judicial anterior a un caso concreto y que será utilizada para la solución de casos posteriores. La *Supreme Court of United Kingdom* solamente dicta decisiones que sean realmente necesarias para establecer una solución correcta a una cuestión dudosa del derecho o cuando fuera necesario para resolver un conflicto de jurisprudencia surgido ante los tribunales inferiores o incluso ante la necesidad de superar un precedente anteriormente establecido. Realiza el control de legalidad de las decisiones de jueces inferiores e incluso opera en el sentido de asegurar la uniformidad de la jurisprudencia; no obstante, se preocupan con respecto a la legalidad futura en el sentido de una correcta interpretación y aplicación de las normas que serán objeto de análisis en los casos sucesivos, estableciendo criterios según los cuales los futuros jueces decidirán casos iguales o análogos.

Sería lo que se llama una función nomofiláctica realizada a través del precedente, o sea, se efectúa una correcta aplicación de la ley a través de una eficacia intensa y difusa donde los precedentes se extienden a las decisiones sucesivas (Taruffo 2007a, 4).

De acuerdo con Michele Taruffo, la «Corte de Precedentes» estaría ligada a la función creativa del precedente y, según una línea de razonamiento jurídico, estaría facultada para definir el sentido adecuado del texto legal a través de una elección interpretativa más justa. La característica básica sería orientar la aplicación del derecho a través de la práctica argumentativa con una uniformización de la interpretación. La finalidad consistiría en garantizar la unidad del derecho objetivo y, como consecuencia, la igualdad de todos ante la ley, mediante decisiones direccionadas para el futuro al contrario de los tribunales de tercera instancia.

En este contexto, el Tribunal Constitucional español es el que más se asemeja a la función nomofiláctica realizada a través del precedente. El legislador español expresamente establece en el art. 5.1 LOPJ que las resoluciones de ese Tribunal deben ser observadas no solo en las acciones de inconstitucionalidad de las normas o por el recurso de amparo, sino también a través de las interpretaciones realizadas por tribunales inferiores en cualquiera proceso. Hay preocupación por la formación del precedente en este sistema a través de la referida Corte puesto que esta tiene la última palabra dentro del ordenamiento jurídico interno acerca de la interpretación constitucional, conforme a lo analizado anteriormente.

Dentro de este sistema, hay cuestionamientos acerca de si el Tribunal Supremo español sería también un tribunal «supremo» en el sentido de ser un tribunal de formación de precedentes.

No queda la menor duda de que el Tribunal Supremo español está impedido de manifestarse ante preceptos establecidos por el legislador en un contexto donde haya una diversidad de interpretaciones. En verdad, tal incumbencia está dada a cualquier juez ante la dicta de una decisión judicial. El referido Tribunal se presenta competente para fijar el patrón de conducta normativo, situándose en la cima de la pirámide judicial en el sentido de estar considerado el órgano máximo dentro de la estructura del Poder Judicial español.

El legislador español hace uso de los medios de recursos judiciales reveladores de las resoluciones judiciales en la legislación procesal, lo cual demuestra que el Tribunal Supremo Español está basado en un modelo de casación, pero con una cierta tendencia a aplicar la ley a través de una interpretación proyectada para el futuro.

Desde un primer punto de vista, el recurso de casación cumple la característica propia de los sistemas recursales en lo que se refiere a las limitaciones relativas a los órganos *ad quem* y las limitaciones derivadas de las resoluciones contra las cuales cabe su interposición. Sin embargo, se presenta a modo de instrumentos destinados a la uniformidad de las decisiones como idea de unidad del derecho objetivo tanto desde el punto de vista del control de la legalidad de las decisiones como desde la perspectiva de la búsqueda de la aplicación de la ley de forma de promover la igualdad. El recurso de casación tiene por objetivo unificar la jurisprudencia en la aplicación del derecho. Lo mismo ocurre con el denominado recurso en interés de la ley donde su finalidad primordial es la unificación de la jurisprudencia con respecto a la infracción de la ley procesal.

En otros términos, las decisiones dictaminadas a través de los referidos recursos demuestran la preocupación del legislador por la uniformidad de la jurisprudencia a través de la aplicación de la igualdad y del establecimiento del sentido exacto de la ley.

Desde un segundo punto de vista, se verifica la importancia de las resoluciones dictadas por el referido tribunal, es decir que, además de evitar el caos de la jurisprudencia, fijan una jurisprudencia en el sentido de orientar la libre convicción de los magistrados como se explicó en el tema anterior.

En efecto, la LEC continuó con el modelo de casación como uno de los pilares de su sistema jurídico a través de su atención volcada a la *ius litigatoris* o función privada, a la vez que potenció la creación de jurisprudencia y se concentró en la aplicación de la ley a través de las mejores razones convincentes por medio de la presentación de soluciones que determinan un patrón de conducta que ha de ser seguido por los tribunales jerárquicamente inferiores. Este patrón de conducta establecido, por ejemplo, a través del interés de casación establecido por el legislador, conduce a la concretización de los principios constitucionales en el proceso civil por medio de la aplicación normativa de los principios de la seguridad jurídica y la isonomía. Esto es así porque la interpretación en este contexto tiene un gran significado para la consolidación y la preservación de la fuerza normativa de la CE a través de la concretización de la proposición normativa dentro de las condiciones reales presentadas en una determinada situación.

En el recurso de casación se destaca el interés de casación, donde hay una comparación de la sentencia que se pretende impugnar con otra sentencia, si bien no directamente, pero sí de acuerdo con las diversas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo español en el mismo sentido. Esas sentencias reiteradas en un mismo sentido dictadas por este Tribunal al interpretar y aplicar la ley forman la jurisprudencia conforme al art. 1.6 CC.

En consecuencia, en algunos casos previstos en la ley para el juzgamiento del recurso de casación se debe demostrar la constatación del interés de casación. Al Tribunal Supremo español le fue preferible la objetivación del interés de casación, en vez de la elección por el propio tribunal de materias merecedoras de su atención. A través del interés de casación se estableció el objetivo trascendental del referido recurso. Se trata de un primer paso, mediante la modificación legislativa, en el sentido de la presentación del Tribunal Supremo también como una Corte parcial de Precedentes en el sentido de la formación de una pauta de conducta a través de lo establecido en su decisión judicial. En otras palabras, a través de la formación del precedente se demuestra la preocupación con la legalidad futura en el sentido de una correcta interpretación y aplicación de las normas que serán objeto de análisis en casos sucesivos.

Al apuntar hacia el interés de casación mediante la comparación de la sentencia que se pretende impugnar con las diversas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo se demuestra el seguimiento de la concepción universalista, donde los tribunales inferiores deberían decidir de manera uniforme aplicando de manera deductiva la regla extraída de

la decisión dictada por el Tribunal Supremo, tomando en cuenta una modulación fáctica de los casos decididos. Se verifica de tal manera el interés transcendental, el cual se reflejará en las decisiones futuras.

Esto ocurre porque la decisión dictada por el Tribunal Supremos Español en los referidos casos engloba tanto el interés público como el interés referente a las partes privadas —no solo a las dos partes privadas del litigio, sino a todas las posibles partes privadas en el futuro. Resulta primordial que se cree el precedente y que el Tribunal Supremo proporcione esa orientación. De esa forma, el derecho a la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica se ven fortalecidos, así como la calidad general de la decisión judicial.

Me parece concluyente que si el Tribunal Supremo español decide un gran número de casos automáticamente, no conseguirá mantener la coherencia de su propia jurisprudencia, siendo de esa forma fundamental el establecimiento de un equilibrio de la función pública y privada establecida por el legislador en los casos de las decisiones dictadas por el referido Tribunal.

Obsérvese que el legislador procesal en el ordenamiento jurídico brasileño también introdujo instrumentos para potenciar al *Supremo Tribunal Federal* como Corte de Precedente al establecer el análisis de repercusión general del recurso extraordinario como un verdadero filtro para la apreciación de cuestiones con impacto para la sociedad. Posee además el efecto uniformizador de la jurisprudencia y, por trascender al interés de las partes litigantes, refleja su decisión ante toda la sociedad y lo conduce también a su función paradigmática. En otras palabras, se trata de una cuestión relevante que trasciende el caso concreto revistiéndolo del interés general.

La peculiaridad del sistema jurídico brasileño consiste en la expresa previsión legal de la vinculación de las decisiones de los Tribunales que no se encuentran en la cima de la pirámide del Poder Judicial a través del incidente de resolución de demandas repetitivas y los recursos repetitivos interpuestos ante el *Superior Tribunal de Justicia*. Ambos poseen la virtud de establecer la idea de la uniformidad de la jurisprudencia en el sentido de la búsqueda de una orientación para la sociedad como forma de promover la igualdad y garantizar la seguridad jurídica. Está también la defensa del derecho objetivo con la uniformidad de las decisiones de los tribunales ordinarios. Se trata de unos medios previstos por el legislador que conceden a las decisiones de los tribunales eficacia «ultra partes».

Obsérvese que el Tribunal Superior de Justicia español también estará sujeto a la apreciación del interés de casación siempre que la sentencia recurrida se encuentre contraria a la doctrina jurisprudencial del referido tribunal o cuando no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia con respecto a las normas del derecho especial de la comunidad autónoma correspondiente. Habrá también en este caso una decisión prevista por el legislador en el ámbito de actuación de ese tribunal que se reflejará en las decisiones futuras.

Ante este contexto, resulta fundamental el establecimiento de límites para la decisión pronunciada por los tribunales. Esto es así porque a través de la identificación de parámetros que limiten la modificación constante de decisiones del tribunal se fortalece la importancia del tribunal a través del precedente, no en el sentido de una única y exacta interpretación de la ley sino de una interpretación más coherente con el ordenamiento jurídico a través de la definición de una directriz interpretativa más acertada dentro de la concepción universalista de prevalencia de que todos son tratados de una misma manera de acuerdo con un sistema de normas generales.

Para que la ley se aplique de modo correcto y según la interpretación más adecuada ante el abanico de interpretaciones posibles, será necesario el análisis de una modulación de las situaciones fácticas existentes. No basta que la ley se interprete y aplique correctamente para que el análisis se torne primordial, sino que este análisis debe realizarse a través de la modulación fáctica presentada.

Sin embargo, este hecho no impide que se haga una comparación con algunas propuestas presentes en el estudio de la familia del *common law*. La necesidad de la existencia de un único entendimiento interpretativo con el establecimiento de una pauta de conducta resulta saludable para el desenvolvimiento del derecho sin alejar la posibilidad de un cambio en el entendimiento anteriormente fijado acerca de una determinada cuestión. Lo que no se presenta como concebible es la posibilidad de variaciones frecuentes, casuales y a veces arbitrarias de las decisiones tomadas anteriormente.

Un «balizamiento» jurídico con definiciones para la superación de las decisiones judiciales dentro de la legislación española y brasileña es importante para que haya un fortalecimiento de las resoluciones de los tribunales. En este sentido, las «balizas» previstas dentro de la familia jurídica del *common law* demuestran la posibilidad de

encontrar patrones normativos que estén impregnados en las prácticas sociales a través de principios jurisprudenciales subyacentes a los referidos patrones normativos.

En su largo estudio acerca de la superación de los precedentes a través del análisis extraído de la antigua *House of Lords*, Harris (1990, 89-90) establece estándares por los cuales es posible la superación de las decisiones dictadas anteriormente.

Este afirma que la decisión dictada afirmando un posicionamiento al respecto de una determinada materia solamente podrá ser superada si trajera un perfeccionamiento del derecho, midiéndose esto a través de tres dimensiones, a saber: la justicia, la certeza y la coherencia.

La primera de estas dimensiones se refiere a la posibilidad de injusticia en la aplicación del precedente a través de los principios legales emanados del caso concreto. Y en este punto vale recordar lo anteriormente mencionado: uno de los motivos para la superación de los precedentes emitidos por la *House of Lords* fue de que la regla general extraída del precedente no sería coherente con el sistema si fuese siempre general e ignorase el hecho de que la justicia exige su modificación constante. La segunda dimensión en el sentido de determinar un norte para el perfeccionamiento del derecho sería la «certeza». Aquí hay una peculiaridad en cuanto a que la certeza es vista como la necesidad de eliminación de un precedente dudoso que no establece con claridad la pauta de conducta que ha de ser seguida. Esta dimensión se relaciona fuertemente con la última dimensión visualizada por el referido autor que consiste en el perfeccionamiento del derecho a través del requisito de coherencia. Esta dimensión se alcanza cuando los tribunales deciden casos análogos de acuerdo con las decisiones anteriores, teniendo en cuenta que una aplicación coherente del precedente reduce la contradicción y la divergencia de las decisiones judiciales, evitando así la ocurrencia de esas disfunciones. De esa forma, no existiría ninguna razón que justifique la existencia de dos decisiones antagónicas para solucionar casos análogos.

Sin embargo, tales requisitos de justicia, certeza y coherencia solo autorizarían la superación del precedente si se superaran además cuatro principios impositivos (constrictivos), los cuales serán descritos a continuación.

El primero de estos principios se refiere a que el precedente solamente podrá ser superado si hubiera una nueva razón para ello; en otras palabras, sería un principio impositivo relacionado con la ausencia de cualquier nueva razón que justifique el abandono de un

entendimiento anteriormente fijado. Relaciona las nuevas razones primeramente con alteraciones ocurridas en la legislación que sirvió de base para la formación del precedente, y en segundo lugar con los cambios observados desde la aparición del precedente hasta la nueva decisión tanto de cuño político como social, económico o incluso moral. Por último, se relaciona con el análisis de argumentos o razones que no fueron analizados oportunamente por el tribunal en la época de formación del entendimiento.

Aquí el referido autor hace una observación importante en relación con las nuevas razones, brindando dos hipótesis a modo de explicación. Cabe la posibilidad de que el precedente no se considere correcto en ninguna de las dos hipótesis. En una primera hipótesis, porque algunos argumentos jurídicos dejaron de ser apreciados e invocados en el análisis del precedente. En una segunda hipótesis tampoco se considerará correcto el precedente cuando a pesar de haber sido apreciadas todas las cuestiones pertinentes del caso, estas no fueron correctamente sopesadas. Según Harris, solamente la primera hipótesis autorizaría la superación del precedente, es decir, que se presentara una nueva razón para ello.

El segundo principio se refiere a la «*justified reliance*», que puede traducirse literalmente como una confianza justificada, donde el precedente hace surgir en el seno de la comunidad, principalmente en los jurisdicionados, cierta confianza en la orientación fijada por el tribunal a través de la creencia de que sus actividades podrían ser pautadas de acuerdo con lo decidido por los tribunales sin que haya la inseguridad y la imprevisibilidad de los cambios constantes.

El tercer principio se presenta a través del «empeño» con la Legislatura («*comity with Legislature*»). Esto ocurriría cuando, una vez establecido el precedente por el Poder Judicial, el legislador demuestre la concordancia con el mismo mediante el empeño de demostraciones legislativas en el sentido de que la orientación fijada por el Tribunal debe permanecer. El Legislativo, al realizar ese movimiento, señalaría su concordancia con el precedente, lo que consecuentemente haría inviable toda modificación de dicho entendimiento por parte del Poder Judicial.

El último principio se denomina la «*mootness doctrine*», que se refiere a situaciones donde no existirían más controversias. No sería posible superar un precedente cuando no existiera ninguna controversia en la resolución del caso (*mootness doctrine*) por las partes.

Según este principio, la producción de reglas por medio de la elaboración de precedentes es una función secundaria que no se puede contraponer a la función primaria del Tribunal, que es la de resolver conflictos entre las partes.

Estos parámetros mencionados anteriormente son perfectamente aplicables a la familia del *civil law*, en especial en los sistemas español y brasileño. Veamos: ambos sistemas buscan garantizar la seguridad jurídica y la igualdad, así como la previsibilidad de sus decisiones y la coherencia del sistema, lo que coincide con lo sustentado por Harris a través de su propuesta de justicia, certeza y coherencia.

4.5.1. Ausencia de razón para la modificación del precedente anteriormente establecido

Se destaca lo propuesto por el autor que se considerará ausencia de razón para la modificación del precedente anteriormente establecido aquella decisión donde se hubiera erróneamente excedido en sopesar las razones pertinentes al caso. A pesar de todas las razones que hubieran sido analizadas y ante un posible abanico de interpretaciones, solamente una fue considerada aceptable por el Tribunal. Tal pauta de conducta establecida por el Tribunal debe ser seguida sin que haya riesgo de que la interpretación establecida se considere errada o superada. Esto es así porque escapa al papel del Tribunal modificar o alterar el entendimiento ya establecido aun cuando dos o más interpretaciones se mostraran plausibles en la época de la elaboración del precedente. Tal parámetro se relaciona intrínsecamente con la necesidad de unidad de los ordenamientos jurídicos, donde el concepto de sistema aplicado al derecho se revela a través de la percepción racional y coherente de la adecuación de conexiones y conflictos valorativos y principiológicos a través, principalmente, de la obligatoriedad y la vinculación de la citada adecuación axiológica para que todos quienes tengan la función de interpretar y aplicar el derecho pasen a otorgar una unidad interna al ordenamiento jurídico. En otras palabras, genera la función obligatoria de atribuir un sentido específico a cada acto en el sistema jurídico que en un momento posterior determinará que sean eliminadas las incoherencias, contradicciones e incompatibilidades dentro del sistema, teniendo en cuenta que la aplicación del derecho pasa por la concretización de la norma.

4.5.2. Confianza justificada

Tal debe ser el parámetro que ha de ser seguido junto con «*justified reliance*» que tanto en España como en Brasil pueden ser configurados a través del principio de protección de la confianza legítima, donde la multiplicidad de fundamentos constitucionales y legales pueden acarrear consecuencias equivocadas, perdiendo la exactitud de sus contornos jurídicos y, consecuentemente, su eficacia y ámbito de aplicación. Con esto básicamente se intenta evitar que las personas sean sorprendidas por modificaciones en la interpretación del derecho positivo que puedan herir los intereses de los ciudadanos o frustrar sus expectativas.

Se evita así un cambio brusco de entendimientos cuando ya existe una confianza justificada en la sociedad de realizar determinado comportamiento. En este punto son de importancia las enseñanzas de Harris en lo que concierne a la imposibilidad de revocación de un posicionamiento a partir del momento en que se haya generado una confianza justificada.

La regla sería la imposibilidad de revocación; dicha regla sería flexibilizada en casos excepcionales para permitir la evolución del derecho.

En estos casos de evolución del derecho, se discute consecuentemente la eficacia de la decisión que altera la jurisprudencia dominante, mediante un proceso de superación de la decisión paradigmática establecida cuando hubiera el interés de casación, o mediante un pronunciamiento hecho por el Tribunal constitucional a través de la evolución natural del pensamiento del tribunal como, por ejemplo, el cambio de entendimiento en un determinado tema.

Se cuestionan los efectos de la referida decisión y la posibilidad de modular los efectos de la decisión que alteran el posicionamiento consolidado del Tribunal, ya que probablemente, los jurisdicionados, confiando en la información obtenida por los operadores del derecho, puedan realizar determinado negocio jurídico con base en el posicionamiento dominante que posteriormente ha de ser alterado.

No obstante, las implicancias de las posibles respuestas de acuerdo con cada sistema, lo que debe servir de guía, son los principios de seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima. Esto es así porque la seguridad jurídica se presenta como uno de los pilares de nuestro derecho y el entendimiento consolidado de los tribunales jerárquicos superiores crea expectativas, produce confianza e induce a comportamientos de los jurisdicionados. Estos actúan de acuerdo con el entendimiento dominante y, siendo así, no es posible, en virtud de un cambio de posicionamiento, despreciar impunemente la expectativa legítima creada en la sociedad y desconsiderar la confianza producida, quedando comprometida la autoridad de los tribunales y la credibilidad de las respectivas decisiones judiciales que, en un último análisis, sirven como una guía segura para el comportamiento de los individuos que ingresan a un juicio²¹⁰.

²¹⁰ En el ordenamiento jurídico brasileño, se discute incluso que más allá del principio de seguridad jurídica, el principio de confianza debe tener como una de sus consecuencias posibilitar que la expectativa legítima del jurisdicionado sea respetada mediante la aplicación de la jurisprudencia dominante antigua y más beneficiosa para el jurisdicionado. La nueva jurisprudencia dominante solo deberá incidir sobre los hechos ocurridos después de su conocimiento por parte de toda la sociedad jurídica. Sobre el tema, valen las palabras de Valter Shuenquener de Araújo (2009, 247): «Los pronunciamientos judiciales poseen básicamente dos funciones principales: decidir el conflicto presentado [ante la Justicia] y servir de parámetro para los comportamientos futuros de la sociedad y del propio tribunal. Cuando la confianza de un particular es depositada en la jurisprudencia, no debe lidiar solo con todas las consecuencias derivadas de una nueva comprensión judicial que concluye que fue equivocada la visión anterior. La opción judicial [que persigue] la superación de una jurisprudencia es una medida seria y debe respetar las expectativas de los particulares. Aunque una orientación jurisprudencial no provenga de la más alta instancia, podrá ser suficiente para justificar la protección de confianza. (...). Es el cambio de la forma cómo el Judiciario pasa a comprender un mismo problema, y no la extensión de los poderes interpretativos de un magistrado, que autorizan la protección de las expectativas legítimas depositadas en una antigua orientación. De esa forma, un cambio en la jurisprudencia que sea desfavorable a un particular no debe tener efectos en relación con los hechos a ella anteriores, aun cuando estos estuvieran pendientes de una resolución judicial definitiva»... Resulta importante referir, en este punto, ante su extrema pertinencia, la aguda observación de Canotilho (1998, 250), quien señala que: «Estes dois princípios —segurança jurídica e protecção da confiança— andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica —garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito— enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e

El nuevo *Código de Processo Civil* brasileño (Ley Nro. 13.105 del 16 de marzo de 2015) (en adelante, nuevo CPCbr), innovó con la previsión expresa de la modulación de la jurisprudencia, al enunciar que los tribunales velarán por la uniformización y por la estabilidad de la jurisprudencia, siendo que en la hipótesis de alteración de jurisprudencia dominante del *Supremo Tribunal Federal* y de los tribunales superiores, o de aquella procedente del juzgamiento de casos repetitivos, puede haber modulación de los efectos de la alteración en el interés social y en el de la seguridad jurídica²¹¹.

transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante “qualquer acto” de “qualquer poder”—legislativo, executivo e judicial.» Obtenido de: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo591.htm> [Consulta: 24 de abril 2018]

²¹¹ Es más, el cambio en el entendimiento sedimentado observará la necesidad de una fundamentación adecuada y específica, tomando en consideración el imperativo de estabilidad de las relaciones jurídicas como se observa en el artículo 927, párrafos 1, 2, 3 y 4 del nuevo CPCbr, *in verbis*: «Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores»

«Art. 927. Los jueces y los tribunales observarán: (...) § 1º Los jueces y los tribunales observarán lo dispuesto en el art. 10 y en el art. 489, § 1º cuando decidan con fundamento en este artículo. § 2º La alteración de la tesis jurídica adoptada en el enunciado de la *súmula* o en el juzgamiento de casos repetitivos podrá estar precedida de audiencias públicas y de la participación de personas, órganos o entidades que puedan contribuir a una rediscusión [*sic*] de la tesis. § 3º En la hipótesis de alteración de la jurisprudencia dominante del Supremo Tribunal Federal y de los tribunales superiores o de aquella proveniente del juzgamiento de casos repetitivos, puede haber una modulación de los efectos de alteración en el interés social y en el de la seguridad jurídica. § 4º La modificación del enunciado de *súmula*, de jurisprudencia pacificada o de tesis adoptada en el juzgamiento de casos repetitivos observará la necesidad de una fundamentación adecuada y específica, teniendo en consideración los principios de seguridad jurídica, de protección de la confianza y de la isonomía. § 5º Los tribunales harán públicos sus precedentes,

4.5.3. *Comity with Legislature*

En cuanto al aspecto del *comity with Legislature*, se muestra saludable que el Legislativo, al demostrar que la orientación jurisprudencial debe permanecer válida, lo hace de modo explícito y claro con el fin de evitar futuras interpretaciones posibles.

4.5.4 *Mootness Doctrine*

Por último, lo denominado en inglés *mootness doctrine* se conecta directamente con una de las principales funciones de las cortes del *common law*, que es la resolución de conflictos. No obstante, estas cortes desempeñan también la función de enriquecimiento del suministro de reglas generales principalmente como consecuencia de la necesidad de una institución para que resuelva de manera concluyente las disputas derivadas de una reivindicación del derecho, haciendo explícita la aplicación y las consecuencias de los patrones existentes en las sociedades en situaciones nuevas. El establecimiento de las reglas generales se encuadra en el llamado *enrichment model*, donde el establecimiento de reglas generales para gobernar la conducta social es considerado deseable, aunque subordinado en algún aspecto a la resolución del litigio.

Por otra parte, me parece que es evidente que poco a poco los legisladores de España y de Brasil se distancian del denominado *by-product model*, por el cual las reglas están establecidas incidentalmente solo como subproducto de la resolución de conflictos. La formulación de las proposiciones expone solo efectos jurídicos que son necesarios para la solución del litigio y, consecuentemente, las decisiones solo tienen cierto peso si se prolongan en el tiempo a través de argumentos consistentes. Establecen soluciones estrictamente necesarias para la disposición de la disputa en cuestión y no se preocupan de la formulación de reglas claras.

organizándolos según la cuestión jurídica decidida y divulgándolos, preferiblemente, en la red mundial de ordenadores».

Los legisladores de cada país establecen la importancia de las decisiones de los tribunales haciendo hincapié en los mecanismos procesales, es decir, los «recursos judiciales» reveladores de las decisiones judiciales, así como en las técnicas reguladoras de la uniformidad con la creciente preocupación de contribuir al funcionamiento del ordenamiento jurídico como un todo. Se verifica un cambio legislativo menos incisivo en España y más contundente en Brasil en cuanto a destacar las funciones de las decisiones judiciales dictadas por los tribunales jerárquicamente superiores.

Conclusion

Una primera conclusión destaca el hecho de que los países que componen la familia del *civil law* se basan en la ley escrita. En esta familia, los precedentes no son normalmente vinculantes en virtud del principio de legalidad, por el cual los jueces tienen el deber de decidir de acuerdo con la ley escrita, siendo que las decisiones jurídicas deben estar fundamentadas con referencia a este principio.

El principio de la seguridad y la previsibilidad de las decisiones jurídicas, obviamente, son valores deseados, pero se supone que tales valores se realizarán por medio de la ley y de su estricta aplicación a través de los jueces. Esta rigidez se encuentra como una de sus principales características de la familia *civil law*.

Sin embargo, en los países como España y Brasil, algunas normas constitucionales y leyes infra legales se presentan con poca densidad normativa, lo que es reflejo de las características de las sociedades complejas, porque ante la multiplicidad de los problemas que pueden surgir, la norma necesita soluciones para acompañar al casuismo problemático. Es por ello que el contenido de esta necesita ser objeto de concreción.

Por lo tanto, corresponde al Judiciario explicitar el significado de los comandos vehiculados tanto en las normas constitucionales como en las infralegales, por medio de su interpretación y aplicación a los casos concretos, alcanzando el objetivo primordial de esclarecer el contenido de dichas normas.

Saliendo de esa premisa, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional adquieren también una importante función de formular respuestas a las situaciones no previstas y de adaptar los antiguos diplomas a las nuevas realidades. Este hecho llama la atención sobre el papel de las decisiones judiciales en cada sistema jurídico.

La segunda conclusión surge en la primera parte del presente trabajo, donde se investigaron algunos aspectos propios relacionados con la familia del *common law*, por ejemplo, la vinculación del precedente. Quedó demostrado que dentro de la sistemática

del *common law* existía la autoridad de los precedentes por las Cortes mucho antes del desarrollo de la doctrina del *stare decisis*, y consecuentemente, de las reglas y de la vinculación de los precedentes.

Y es dentro de este contexto que se puede afirmar que el *stare decisis* configura solo un elemento del moderno *common law*, que no se confunde con el *common law* de tiempos inmemoriales o con las costumbres generales, de naturaleza secular, que orientaban el comportamiento del hombre común inglés.

Esto es así porque en el *common law* al juez nunca le fue impuesta la mítica idea de que no podría interpretar la ley y, principalmente, porque siempre tuvo espacio para decidir sobre la aplicación de la ley, ya sea escrita o no escrita. El hecho es que el juez inglés, al interpretar la ley, también extraía derecho y obligaciones a partir del *common law*, y estaba sujeto a ello siempre actuando a la luz y a partir de un derecho.

Obsérvese que los sistemas jurídicos que acompañaban a la familia del *common law* fueron divididos en leyes escritas (*written law*) y en leyes no escritas (*unwritten law*).

Los estatutos y las leyes del Parlamento que se elaboraron antes del reinado del rey Ricardo III (su reinado es el último correspondiente a la Casa de York y antecede a la dinastía de los Tudor) y que no fueron revocados o alterados, ni por el uso contrario ni por actos posteriores del Parlamento, se consideraron parte de la ley no escrita, siendo así incorporada y formando parte de la *common law*. Tales estatutos no son considerados como actos del Parlamento, pero obtienen su fuerza de ley a través del uso y de la costumbre.

En relación a las leyes no escritas, se refiere este autor no solo a las costumbres generales, o el *common law*, derecho común propiamente dicho, sino también a las leyes y costumbres aplicables por ciertos tribunales. Se refiere no solo a lo que se transmitió a través de la comunicación de las palabras a lo largo de los tiempos, sino también a través de los diversos manuscritos que sobrevivieron el transcurso del tiempo y que traspasan una probabilidad de certeza en cuanto a su procedencia.

La autoridad y el origen de estas leyes no se establecen por escrito o a través de actos del Parlamento, sino que crecieron con el uso y adquirieron autoridad y fuerza de ley a través del uso prolongado e inmemorial. Es la fuerza de la costumbre la que prevalece en los sistemas tales como el de Inglaterra.

Con esta visión obsérvese que independientemente de la visión ortodoxa del *common law*, donde la ley es concebida como una «entidad» que existe separadamente y antes de la decisión judicial, o independientemente de la visión de la teoría por la cual la decisión judicial emitida por los Tribunales son leyes en sí mismas. Lo importante para el razonamiento jurídico no es si la decisión judicial crea o declara el derecho sino la investigación de los motivos por los cuales el *common law* se consagró a través de la doctrina del *stare decisis*.

Por lo tanto, se ha observado que el desarrollo del concepto de igualdad y justicia evolucionó junto con el concepto de seguridad jurídica y estabilidad del sistema. Básicamente, la semejanza de los hechos esenciales era observada en los casos anteriores y, en consecuencia, esos casos se fueron convirtiendo en la base para una regla formulada con el fin de servir de guía futura. Este es el punto de partida para el desarrollo y el perfeccionamiento de conceptos tales como *ratio decidendi*, *overrruling*, *distinguish* y también para su «operacionalización» dentro del sistema.

La tercera conclusión se refiere al análisis en este trabajo de la institución del precedente en el contexto de la jurisprudencia, así como su papel en los sistemas jurídicos continentales a la luz de los ordenamientos jurídicos español y brasileño.

En lo que respecta a España y Brasil, a partir de una nueva hermenéutica constitucional, se tiene la premisa de que los principios insertados en la CE y CRfb tienen fuerza normativa y jerárquicamente deben servir de orientación para toda la legislación.

Consecuentemente, se constata que la Carta Magna pasa a ser el centro del sistema jurídico y la constitucionalización del derecho debe ser identificada con la irradiación axiológica de los valores constitucionales para todo el ordenamiento vigente, que pasan a condicionar la validez y el sentido de todas las normas del derecho.

El proceso, entonces, no debe ser visto solamente como un instrumento para la resolución de conflictos, sino que debe ser percibido desde la óptica de una efectiva realización de los derechos fundamentales y constitucionales.

De esta manera, la aplicación de los principios de la seguridad jurídica, de la igualdad en la aplicación de la ley, de la protección de la confianza legítima y la buena fe se entrelazan para fortalecer la necesidad de una uniformización de la jurisprudencia y de la utilización de mecanismos tendientes a efectivizarla.

Estos principios de fuerza obligatoria establecen patrones desde el punto de vista de la estabilidad y la continuidad del orden jurídico, así como de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta, mediante la previsibilidad objetiva (la seguridad objetiva) y a través de la seguridad de orientación, normativa en el sentido de que no habrá variaciones en los criterios al momento de resolver presupuestos similares. Sin embargo, por otra parte, el principio de igualdad de aplicación también obligatoria en el ordenamiento conduce al establecimiento del análisis del caso concreto de forma de garantizar que los factores sociales, religiosos, culturales, entre otros, sean analizados de forma de perseguir la búsqueda de una verdadera igualdad sustancial.

El Tribunal Constitucional español se presenta como un órgano fuera del Poder Judicial y en calidad de intérprete de la Constitución desempeña un papel importante para afirmar la eficacia normativa de la Constitución en todos sus aspectos y hace esto no solamente a través del control de la constitucionalidad y el recurso de amparo, sino conforme a la interpretación que realizan en los procesos de su competencia de forma vinculante para todos los jueces y tribunales del Poder Judicial.

En el ámbito de este Tribunal, tanto el legislador constitucional como el infra legal permitieron el establecimiento del referido tribunal como el intérprete supremo de la Carta Magna. Además, en la legislación española, la LOPJ expresamente dispone que la CE sea vinculante conforme a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional en todos los tipos de procesos. En este sentido, los jueces y los magistrados del Poder Judicial están sometidos al imperio de la ley conforme a lo dictado por dicho Tribunal Constitucional.

A través del estudio de los mecanismos relativos a los «recursos judiciales» reveladores de las resoluciones judiciales recorreremos el camino para un análisis del papel de las decisiones emanadas de los tribunales del Poder Judicial; a partir de ahí delineamos la importancia atribuida a los tribunales en el ordenamiento jurídico, en especial el Tribunal Supremo español.

La función nomofiláctica, uniformizadora de la jurisprudencia, como también la paradigmática, están destacadas por la importancia dada por el legislador al establecer los motivos para dar lugar a las razones recursales.

A través del recurso en interés de la ley en España, se pretende unificar la jurisprudencia sobre la infracción a la ley procesal. El recurso será reconocido para fijar la doctrina jurisprudencial acerca de determinadas cuestiones procesales, las cuales son objeto del proceso, referentes a las normas procesales.

Uno de los motivos del recurso de casación es el de unificar la jurisprudencia en la aplicación del derecho. Se demuestra claramente que, a través del interés de casación, el objetivo trascendental del referido recurso ocurre mediante la elección hecha por el legislador de los asuntos relevantes que deberán ser juzgados. El interés casacional se muestra claro cuando hay decisiones contrarias a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Esto demuestra que, en España, el Tribunal Supremo es relevante en la formación de la jurisprudencia a través de sus decisiones judiciales.

En el caso de Brasil, por otra parte, dentro de su ordenamiento jurídico, perteneciente también a la familia del *civil law*, el *Supremo Tribunal Federal* se presenta como el órgano de cúpula del Poder Judicial, responsable de decidir en última instancia las cuestiones de materia constitucional a través del recurso extraordinario y ejerciendo el control de la constitucionalidad de las leyes y de las decisiones judiciales. A su vez, el *Superior Tribunal de Justicia* tiene la función primordial de tutelar el derecho objetivo a través del análisis de las cuestiones federales vía los recursos especiales.

El legislador brasileño, a través de la previsión de la repercusión general, ha permitido que el *Supremo Tribunal Federal* solamente conociese los recursos procesales extraordinarios en materias que impliquen un impacto en la sociedad. De este modo

obtuvo el poder de seleccionar para su juzgamiento solo las cuestiones relevantes y abarcadoras, donde para que haya un efecto de repercusión general habrá que analizar la existencia o no de cuestiones relevantes desde el punto de vista económico, político, social o jurídico, que traspasen los intereses subjetivos del proceso, en la búsqueda de la defensa del orden constitucional objetivo. Obsérvese que la atribución exclusiva concedida al Supremo de examinar la presencia o no de la repercusión general encuentra la misma justificación en el Tribunal Constitucional español: la de funcionar como el guardián de la Constitución y de tener la función de interpretarla. No será cualquier violación la que será apreciada por el referido tribunal y sí solamente aquellas que tengan una repercusión que vaya más allá del caso concreto. Se destaca aquí la importancia de la presunción de la existencia de la repercusión general siempre que el recurso impugne una sentencia contraria a la *súmula* o a la jurisprudencia dominante del *Supremo Tribunal Federal*. En estos casos puede ocurrir que la decisión impugnada deba ser adecuada al entendimiento de la *súmula* o de la jurisprudencia dominante del *Supremo Tribunal Federal* o, entonces, deberá ser analizada si hubiera una alteración sustancial del cuadro fáctico que recomiende un cambio en la orientación de la Corte Suprema.

Por otra parte, dentro del sistema, compete al *Superior Tribunal de Justicia*, de acuerdo con la CFbr, dar a la ley federal una interpretación divergente de la que haya sido atribuida por otro tribunal; en otras palabras, el *Superior Tribunal de Justicia* tiene una función uniformizadora de la jurisprudencia de los tribunales brasileños con respecto a la interpretación de la ley federal en todo el territorio nacional. La divergencia jurisprudencial necesita ocurrir en el ámbito de los distintos tribunales, siendo el recurso especial el medio adecuado para dar uniformidad a la jurisprudencia.

El nuevo CPCbr expresamente atribuyó relevancia a los recursos especiales o extraordinarios repetitivos donde haya una multiplicidad de recursos fundamentados en una idéntica cuestión de derecho. En esos casos, se seleccionará un recurso «paradigma» o «piloto» con una suspensión del proceso de todos los procesos en trámite, fueran estos individuales o colectivos, que traten sobre la cuestión y que se tramiten en el territorio nacional. La decisión del recurso «paradigma» vinculará los demás órganos, los cuales deberán aplicar la tesis sostenida por el *Supremo Tribunal Federal* en el recurso extraordinario repetitivo o la orientación fijada por el *Superior Tribunal de Justicia* en el recurso especial repetitivo. Hay una preocupación también expresa con respecto a las

demandas repetitivas de forma de crear una seguridad jurídica con el fin de evitar el caos causado en el ordenamiento jurídico en virtud de decisiones divergentes que entren en conflicto.

La decisión judicial obtenida a través de los mecanismos relativos a los «recursos judiciales» reveladores de las decisiones judiciales recae en el estudio de la importancia del precedente, que resulta fundamental en todos los ordenamientos jurídicos una vez que surge la preocupación acerca de su característica principal que es su capacidad de influenciar la decisión de los casos sucesivos y, en consecuencia, garantizar una mayor seguridad jurídica a los ordenamientos jurídicos, así como promover la igualdad de prestación de la tutela jurisdiccional de las personas involucradas en un mismo contexto fáctico-jurídico litigioso.

La identificación realizada por Michele Taruffo en cuanto a que el precedente judicial debe ser concebido como un fenómeno generalizado y está infiltrado en los diversos ordenamientos jurídicos en función de la combinación de cuatro factores diferentes, o por la intersección de cuatro dimensiones existentes en cualquier legislación, pone de relieve el intercambio que debe existir entre las dos familias. A través de las dimensiones institucional, objetiva, estructural y de la eficacia del precedente es posible averiguar de qué forma está estructurada la doctrina del precedente en los ordenamientos jurídicos de España y Brasil mediante la atribución de la eficacia a la *ratio decidendi* de una decisión judicial.

La referencia de una escala de eficacia del precedente en diversos grados demuestra también su influencia y, principalmente, su impacto en el ámbito de la jurisprudencia.

De esta forma, los referidos mecanismos reveladores de algunas decisiones judiciales tanto en el ámbito brasileño como en el español poseen una gran relevancia en la efectividad de los principios de la seguridad jurídica, de la protección de la confianza legítima y de la igualdad porque conceden seguridad al proceso de aplicación del Derecho Positivo, y también, imponen una directriz general de comportamiento. Estas cuestiones pasan necesariamente por una organización racional y adecuada de los tribunales.

Se trata de principios de aplicación obligatoria que fortalecen la uniformidad de las decisiones judiciales como forma de preservación de la coherencia del sistema constitucional mediante el equilibrio entre la seguridad jurídica y la necesidad de que sean adaptadas las circunstancias del caso concreto para asegurar un resultado justo.

La cuarta conclusión se refiere a la última parte del presente trabajo donde, según la concepción de Michele Taruffo, se destaca de un modo general el papel de los Tribunales «Supremos» que ejercen una función creativa dirigida al futuro de modo de permitir elecciones valorativas para una interpretación más justa de las normas. Hay una consciencia, a través de una linealidad argumentativa, en la elaboración de la decisión judicial de forma de orientar la aplicación del derecho.

Se retorna al punto de que el reconocimiento del primado de la ley en el *civil law* no eliminaría la necesidad de interpretación, puesto que el mundo moderno, construido sobre sociedades cada vez más complejas y especializadas impone que se reconozca que la actividad judicial no puede limitarse a repetir simplemente las palabras de la ley. A la actividad judicial le cabe la función de adecuar la ley al caso concreto, humanizando el precepto genérico e impersonal.

Al conformar el pensamiento del legislador contenido en la norma a la condición de la estructura mental del juez, este añade elementos nuevos a aquella mediante un proceso de adecuación del pensamiento original del legislador, donde no hay cómo eliminar un margen subjetivo en la función interpretativa ejercida por el ser humano.

De modo que, al interpretar la norma, el juez debe optar, aunque sea inconscientemente y, consecuentemente, añade alguna cosa al texto que está siendo interpretado, estando en lo cierto que esa creatividad no viola, en principio, la división de los poderes porque los sistemas de la familia del *civil law* solo tienen que conciliar la vida social y las exigencias de forma.

La decisión judicial asume gran importancia con estos nuevos contornos, en virtud de la importancia de la actividad judicial realizada por los Tribunales «Supremos» en la formación del precedente consistente en la uniformidad. No trata de tutelar la ley ni de declarar el sentido exacto de la ley para propiciar la uniformidad en las decisiones de los

tribunales ordinarios. No se elabora un control de legalidad de las decisiones con un carácter meramente correctivo y retroactivo derivado de la declaración de la ley. Al contrario, se preocupa de la formación del precedente en el sentido de la definición del criterio decisional con autoridad ante los demás tribunales y con una garantía de igualdad ante el derecho revelado en la *ratio decidendi* de los precedentes a través de una linealidad argumentativa de forma de respetar los entendimientos estabilizados.

Los factores institucionales interfieren en la atribución del efecto del precedente y su utilización está extremadamente interconectada con la estructura del Poder Judicial. Se trata de una estrategia estatal y es una de las formas de gestionar el trabajo de los tribunales de mayor jerarquía, a través de definiciones de finalidades estratégicas en la elección de las materias y de los casos que consideren más importantes desde el punto de vista institucional.

Ante ese parámetro, la cuestión central se presenta en saber si hay racionalidad en atribuir al Tribunal Supremo español como verdadero Tribunal «Supremo» dado que está posicionado como tribunal en la cima del Poder Judicial, constituyéndose en tribunal de última instancia y estando sujeto al desempeño de funciones ligadas a la aplicación de la ley infralegal.

La idea de uniformidad recuerda la unidad del derecho vista tanto desde la perspectiva de la búsqueda de una orientación para la sociedad como forma de promover la igualdad como bajo el aspecto de control de la legalidad de las decisiones en la búsqueda del sentido exacto de la ley como forma de promover la defensa del derecho objetivo y proporcionar la uniformización de las decisiones judiciales.

Desde el punto de vista de la justicia universalista, el juez estaría obligado a decidir de manera uniforme aplicando el criterio interpretativo de la deducción de una regla general, utilizando el caso concreto para encuadrar un supuesto hecho definido en la norma. Dentro de un sistema piramidal, habrá un distanciamiento mayor en relación al caso concreto a medida en que subimos en dirección a la cima de la pirámide. Desde el punto de vista de la concepción particularista, la decisión del juez debe estar fundamentada en las circunstancias particulares del caso concreto.

Dentro de las técnicas reguladoras destinadas a la uniformidad sobresalen en el derecho brasileño las sùmulas vinculantes, así como el novedoso incidente de resolución de demandas repetitivas inserto en el *Código Processo Civil* brasileño. Ambas representan un intento por fortalecer la decisión judicial evitando el caos en la jurisprudencia a través de la multiplicación de demandas idénticas que causan inseguridad jurídica y desigualdad, y se aproximan a la concepción universalista de donde se extrae una regla del derecho que será aplicada al caso concreto. También ejemplifican la preocupación que puede existir en cuanto a la capacidad de la decisión de influir en el criterio decisorio de casos sucesivos en virtud del respeto a la unidad y la coherencia del sistema como un todo.

El enunciado de la *sùmula* vinculante representa la síntesis de las decisiones reiteradas del tribunal en el cual se haya adoptado una idéntica interpretación de determinada norma o conjunto de normas, donde la cuestión fáctica es menos rigurosa que en la aplicación del precedente. Por ser el último intérprete en materia constitucional, se preocupa con la orientación que ha de ser dada para la sociedad a través de las referidas sùmulas. El incidente de resolución de demandas repetitivas también sigue el mismo raciocinio, o sea que ante la repetición de procesos idénticos que causen inseguridad jurídica y desigualdad, hay una selección de algunas acciones pertinentes a miles de otras que esbozan la controversia existente. La decisión extraída del incidente tendrá también el don, más allá de uniformizar las decisiones judiciales, de servir de orientación para la sociedad como forma de guiar las decisiones futuras.

En el ámbito español, los acuerdos de pleno no jurisdiccional no tuvieron el don de establecer la vinculación de los acuerdos establecidos de la sala general (pleno no jurisdiccional) y fueron rechazados. Sin embargo, quedó demostrado por parte del legislador español la importancia del seguimiento de las decisiones emitidas por el Tribunal Supremo español como, por ejemplo, las esbozadas en el interés casacional. Hay una comparación de la sentencia que se pretende impugnar con las diversas sentencias impugnadas dictadas por el referido Tribunal. Se demuestra una identificación con la concepción universalista donde los tribunales inferiores deberían decidir de manera uniforme aplicando de manera deductiva la regla extraída de la decisión dictada por el Tribunal Supremo teniendo en cuenta la modulación fáctica de los casos decididos. Existe aún el interés trascendental que se reflejará en las decisiones futuras

Como quinta conclusión, en un análisis crítico comparativo, el primero punto relevante reside en la constatación del surgimiento de una nueva cultura en el sentido de que la manifestación del Poder Judicial concretizada en la decisión judicial es mucho más que un entendimiento personal del magistrado puesto que representa una manifestación del sistema jurídico. La jurisprudencia aparece como una forma de expresión de coherencia del sistema al que pertenece. Consecuentemente, el seguimiento del entendimiento expresado en las decisiones de los tribunales no induce a la coacción del libre convencimiento del juez. Este puede, con la debida justificación, demostrar la diversidad del caso que ha de ser juzgado con lo que fuera juzgado por el tribunal y dictar una nueva decisión.

En los sistemas españoles y brasileño, el juez está sometido al imperio de la ley y, en este sentido, la vinculación del precedente/jurisprudencia no es inherente a ellos y sí deriva de normas legales que, directa o indirectamente, sujeta a los órganos judiciales a los pronunciamientos anteriores. Se trata de un problema de derecho positivo, es decir, el valor que la ley concede a la jurisprudencia o al precedente.

Estaríamos de esa forma ante un nuevo papel de la jurisprudencia, donde hay un proceso creativo de adaptación de la norma al caso concreto, ya que los Tribunales están obligados a manifestarse ante innumerables posibilidades de interpretación a través de la función de formular respuestas a las situaciones puestas en juicio y compelidos ante esta perspectiva a establecer un patrón normativo de conducta que deriva de las circunstancias sociales cambiantes que surgen a partir de la dinámica de las sociedades modernas.

Los operadores del derecho se muestran mucho más atentos a la interpretación que los tribunales están confiriendo a la norma. Esto sucede porque la interpretación no persigue el sentido de la norma, sino uno de los sentidos que deberá ser contextualmente posible y adecuado. Esa posibilidad de una multiplicidad de interpretaciones hace posible la evolución de la norma aunque el texto permanezca siendo el mismo.

No obstante, en principio no estaríamos en camino del precedente previsto en la familia del *common law*, donde de un único juzgado se extrae la regla que ha de ser aplicada en la decisión de casos futuros, donde el precedente guarda relación con la decisión de un

caso particular, debiendo el juez del caso posterior decidir, mediante el análisis de la identidad de los hechos, si se aplica o no la *ratio decidendi* anterior.

Los mecanismos relativos a los «recursos judiciales» reveladores de las decisiones judiciales o las técnicas reguladoras de la uniformidad previstos en el ordenamiento jurídico brasileño se asemejan al precedente en el sentido de que compensan la divergencia en la interpretación y fijan simultáneamente puntos de partida para una decisión, ya que conducen a una pauta de conducta donde la justificación de la decisión en el incidente de la resolución de demandas repetitivas, en el recurso repetitivo y en los enunciados de las sùmulas vinculantes direccionan hacia una limitación de las posibilidades de alterar los parámetros de conducta dentro de lo que se estableció. En este sentido, se debe comprender la exacta dimensión de los mecanismos y las técnicas expuestas anteriormente.

En otro punto, en nada se asemejan al precedente por lo que se extraen a partir del análisis de la modulación fáctica existente en los procesos seleccionados. Esta modulación se extrae del análisis de los casos concretos seleccionados en procesos paralelos y que serán proyectados para el futuro.

En relación al Tribunal Supremo español, la legislación procesal señala la importancia de sus decisiones. Con el propósito de atender los fines de unificación de la jurisprudencia, se desarrolló el «interés de casación» cuando la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o cuando resulta de puntos y cuestiones divergentes de las Audiencias Provinciales. En el análisis del interés de casación, previsto por el art. 477.3 L. E. C., se debe comparar la sentencia que se pretende impugnar con otra sentencia, pero no directamente, sino de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de las sentencias producidas por el Tribunal Supremo. Se verifica la importancia de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo con respecto a la interpretación de determinada norma que debe ser seguida en los casos posteriores que han de ser juzgados.

No prevaleció en el sistema español la fuerza normativa de los acuerdos no jurisdiccionales, lo que descaracterizó la fuerza especial y vinculatoria de las sentencias del pleno que quedaban reglamentadas en el artículo 264 de la LOPJ.

Como sexta conclusión tenemos que, en los términos antes mencionados, el sistema normativo en los países que acompañan a la familia del *civil law* no excluye la posibilidad de la creación del derecho y de la vinculación de determinados precedentes. Esto es así porque dicha creación no coloca a la jurisprudencia o al precedente como fuente de derecho y sí como un instrumento que busca la eficacia vinculante de una o más resoluciones judiciales como forma de solucionar casos futuros similares o iguales. Las normas jurídicas, al concretizar los principios constitucionales de seguridad jurídica y de igualdad en cuanto a la manifestación de la justicia, deben ser observadas de acuerdo con lo establecido por el legislador. Pasa a ser así un problema de derecho positivo o de valor que la ley concede a la jurisprudencia o a una determinada decisión judicial (precedente).

En el análisis tanto del ordenamiento jurídico español como del brasileño, podemos afirmar que ambos hacen hincapié en la importancia de analizar los hechos, así como los motivos que formarán la doctrina jurisprudencial, aunque no exista en la misma intensidad y técnica verificada en la doctrina del precedente. En la doctrina jurisprudencial, no hay una única decisión, sino varias decisiones; es decir, se presupone la existencia de más de un juzgado en el sentido de una determinada tesis jurídica. A partir de esta exacta comprensión, será posible extraer una modulación fáctica general y el principio extraído.

La doctrina jurisprudencial debería ser seguida solamente de constatarse de que los motivos de las decisiones que fundamentan la doctrina jurisprudencial fueron sentencias similares o análogas al caso concreto que ha de ser analizado. Lo que importa en ese análisis no es el dispositivo del juicio, sino una modulación comparativa de los hechos y un análisis de los motivos determinantes de la decisión. Esto es así porque la doctrina jurisprudencial constituye la repetición de las sentencias consideradas dominantes acerca de un determinado tema donde se agrupan varias *ratios decidendi* empleadas en el juzgamiento de las sentencias. Solamente después de esa comparación será posible el método llamado «*distinguishing*» o, entonces, cambiar la orientación anteriormente definida mediante un «*overruling*».

La delimitación de la modulación fáctica será fundamental para la aplicación del principio de la seguridad jurídica tanto en cuanto al aspecto de la seguridad objetiva «de orientación o corrección estructural» como con respecto a la seguridad en el sentido funcional. Desde

un punto de vista macro, es a través de la modulación fáctica que personas iguales involucradas en un mismo escenario fáctico-jurídico litigioso recibirán un tratamiento igual.

La decisión que define el patrón de conducta que ha de ser seguido solamente tendrá la fuerza necesaria en la medida en que haya un «balizamiento» jurídico con definiciones de superación de las decisiones emanadas con esa finalidad a través de los siguientes criterios: ausencia de razón para la modificación del precedente anteriormente establecido, confianza justificada, «empeño» con la Legislatura (*comity with Legislature*) y la doctrina del *mootness*.

Todas estas reflexiones expresadas en los párrafos anteriores a modo de conclusiones destacan la preocupación cada vez mayor del legislador por contribuir para el funcionamiento del ordenamiento jurídico a través de la repercusión de las decisiones de los tribunales a medida que con la disminución de la carga de trabajo intentan de forma consciente trabajar en la formación de una pauta de conducta que promueva la continuidad de la aplicación de las conclusiones judiciales en los casos futuros.

Bibliografía

Adams, J. N. y Brownsword, R. (2003). *Understanding Law*. 3^{ra} ed. Londres: Sweet Maxwell.

Aguiló Regla, J. (2010). Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. En I. Lifante Vidal (Ed.), *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. 1^{ra} ed. Lima: Palestra Editores.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alexy, R. (2011). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2^{da} ed. San Pablo: Malheiros.

Andrews, N. (2009). *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. (Trad. T. Arruda Alvim Wambier). San Pablo: Revista dos tribunais (Original en inglés, 2008).

Aragón Reyes, M. (2003). Problemas del recurso de amparo. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (8) 53-74.
<https://repositorio.uam.es/handle/10486/3108>

Armenta, T. (2015). *Lecciones de derecho procesal civil*. 8^{va} ed. Madrid: Marcial Pons.

Aroca, J. M., Colomer, J. L. G. y Vilar, S. B. (2015). *Derecho jurisdiccional: parte general*. 23^{ra} ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ávila, H. (2003). *Teoria dos princípios*. San Pablo: Malheiros.

Azzoni, C. M. (2009). *Recurso especial e extraordinário, aspectos gerais e efeitos*. San Pablo: Atlas.

Barroso, L. R. (2005). Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardío do direito constitucional no Brasil. *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*, 81, 233-289.

Beale, J. H. (1935). *A Treatise on the Conflict of Laws*. Nueva York: Baker, Voorhis & Co.

Bell, J. (2016). Is Comparative Law Necessary for Legal Theory?. En M. Del Mar y M. Lobban (Eds.), *Law in Theory and History: New Essays on a Neglected Dialogue*. Oxford: Hart Publishing.

- Bentham, J. (1970). *Of Laws in General*. Londres: University of London, Athlone Press.
- Blackstone, W. (1979). *Commentaries on the Law of England*. Chicago: University of Chicago Press.
- Blasco Gascó, F. de P. (2001). Derecho judicial y derecho jurisprudencial (nobles sueños, pesadillas y vigiliass del juez). *Jueces para la democracia*, (41), 70-78. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174856>
- Bobbio, N. (1999). *Teoria do ordenamento jurídico*. 10^{ma} ed. Brasília: Universidade de Brasília.
- Bobek, M. (2013). *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*. Oxford: Oxford University Press.
- Bonavides, P. (2008). *Curso de direito constitucional*. 22^{da} ed. San Pablo: Malheiros.
- Bouvier, H. G. (2012). *Particularismo y derecho: un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Brutau, J. P. (2006). *La jurisprudencia como fuente del derecho: interpretación creadora y arbitrio judicial (Homenaje a D. José Puig Bruau con estudios introductorios)*. 2^{da} ed. Barcelona: Editorial Bosch, S. A.
- Buzaid, A. (1985). Uniformização da jurisprudência. *Revista Ajuris*, (34), 190-213. <https://es.scribd.com/document/228198901/Uniformizacao-de-Jurisprudencia-Alfredo-Buzaid#>
- Caenegem, R. C. V. (2012). English Law and the Continent. En *The Birth of the English Common Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 85-110.
- Calamandrei, P. (1920). *La cassazione civile: Storia e legislazioni*. Roma: Fratelli Bocca.
- Calamandrei, P. (1992). *Eulogy of Judges*. (Trad. J. C. Adams y C. Abbott Philips, Jr.) Filadelfia: American Law Institute-American Bar Association Committee on Continuing Professional Education (Original en italiano, 1936).
- Calmes, S. (2001). *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. 1^{ra} ed. París: Dalloz.
- Camargo Mancuso, R. (1999). A jurisprudência, dominante ou sumular. En N. Nery Júnior y T. A. A. Wambier (Eds.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*. San Pablo: Revista dos tribunais.

Camargo Mancuso, R. de (2003). *Recurso extraordinário e recurso especial*. 3^{ra} ed. San Pablo: Revista dos Tribunais.

Camargo Mancuso, R. de (2010). *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4^{ta} ed. San Pablo: Revista dos tribunais.

Canaris, C. W. (1996). *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. (Trad. A. Menezes Cordeiro) 2^{da} ed. Lisboa: Serviço de Educação da Fundação Calouste Gulbenkian (Original en alemán, 1983).

Canotilho, J. J. G. (1998). *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2^{da} ed. Lisboa: Almedina.

Cappelletti, M. (1993). *Juizes legisladores?* 1^{ra} ed. Puerto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.

Carneiro, A. G. (2005). O papel da jurisprudência no Brasil: a súmula e os precedentes jurisprudenciais: relatório ao congresso de Roma. En *Doutrina do S. T. J.: edição comemorativa 15 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 327-346.

Carpenter, C. E. (1917). Court Decisions and the Common Law. *Columbia Law Review*, 17, 593-607. <http://www.jstor.org/stable/10.2307/1112172>

Carpenter, C. E. (1927-1928). *Stare Decisis* and Law Reform. *Oregon Law Review*, 7(4), 31-43.

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/orglr7&div=7&id=&page=&t=1557973102>

Castillo Blanco, F. A. (1998). *La protección de confianza en el derecho administrativo*. 4^{ta} ed. Madrid: Marcial Pons.

Celano, B. (2005). ¿Podemos elegir entre particularismo y universalismo? *Discusiones: razones y normas*, 5, 101-128.

Celano, B. (2009). *Derecho, justicia, razones*. 1^{ra} ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Celano, B. (2015). Rule of law y particularismo. En P. Luque (Ed.), *Particularismo: ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*. Madrid: Marcial Pons.

Coase, R. (1960). The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, 3, 1-44.

- Comella, V. F. y Xiol Ríos, J. A. (2009). *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. 2^{da} ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Cross, R. (1987). *Statutory interpretation*. 2^{da} ed. Londres: Butterworths.
- Cross, R. y Harris, J. W. (1991). *Precedent in English Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Dantas, I. (1996). *O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Río de Janeiro: Renovar.
- David, R. (1972). *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2^{da} ed. Lisboa: Meridiano.
- De los Mozos, J. L. (1965). *El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Barcelona: Bosch.
- Derham, D., Maher, F. y Waller, L. (2000). *An Introduction to Law*. 8^{va} ed. Sydney: LBC Information Services.
- Díaz Revorio, F. J. (1997). *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Didier Júnior, F. (2003). Princípio do contraditório: aspectos práticos. *Revista de direito processual civil*, 505-516.
- Didier Júnior, F. (2006). Transformações do recurso extraordinário. En L. Fux, N. Nery Júnio y T. A. A. Wambier (Eds.), *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. San Pablo: Revista dos Tribunais.
- Didier Junior, F., Braga, P. S. y Oliveira, R. A. de (2009a). *Curso de direito processual civil*. 4^{ta} ed. Salvador: JusPODIVM.
- Didier Júnior, F. y Cunha, L. C. da (2009b). *Curso de direito processual civil*. 7^{ma} ed. Salvador: Editora JusPodivm.
- Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (1992). *Sistema de derecho civil*. 8^{va} ed. Madrid: Tecnos.
- Díez-Picazo, L. (1997). La justicia y el sistema de fuentes del derecho. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 205-218.
- Duxbury, N. (1999). *Random Justice: On Lotteries and Legal Decision-Making*. Oxford: Oxford University Press.

- Duxbury, N. (2008). *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Londres: Gerald Duckworth & Co. Ltd.
- Dworkin, R. (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2008). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Eisenberg, M. A. (1988). *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Elliott, C. y Quinn, F. (2011). *English Legal System*. 12^{ma} ed. Londres: Pearson Education Ltd.
- Facchini Neto, E. (2009). O poder judiciário e sua independência: uma abordagem de direito comparado. *Revista de direitos fundamentais e justiça*, 3(8). <https://doi.org/10.30899/dfj.v3i8.478>
- Falcón y Tella, M. J. (2010). *La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Ferejohn, J. (1999). Independent judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence. *Southern California Law Review*, 72, 353-384. <http://www-bcf.usc.edu/~usclrev/pdf/072303.pdf>
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*, (34), 15-53. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32761/1/Doxa_34_02.pdf
- Ferrara, F. (2002). *Como aplicar e interpretar as leis*. Bello Horizonte: Editora Líder.
- Ferreres Comella, V. (2006). El papel del juez en el pensamiento jurídico de Puig Brutau. Algunas reflexiones de derecho comparado. En R. Casas Vallès, V. Ferreres Comella y E. Roca I Trias (Eds.), *La jurisprudencia como fuente del derecho: interpretación creadora y arbitrio judicial*. 2^{da} ed. Barcelona: Bosch.
- Fletcher, G. P. (1987). The Universal and the Particular in Legal Discourse. *BYU Law Review*, 335(2). <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol1987/iss2/2>

- França, R. L. (1999). *Hermenêutica jurídica*. 7^{ma} ed. San Pablo: Saraiva.
- Fux, L. (2010). A desistência recursal e os recursos repetitivos. Brasília: *BDJur*.
<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27102>
- Galič, A. junio (2014). *A Civil Law Perspective on the Supreme Court and its Functions*. Varsovia, 1-32. <http://colloquium2014.uw.edu.pl/wp-content/uploads/sites/21/2014/01/Ales-Galic.pdf>
- García de Enterría, E., (1984a). Principio de legalidad: estado material de Derecho y facultades interpretativas de la jurisprudencia en la Constitución. *Revista española de derecho constitucional*, año 4, (10), 11-62.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=249929>
- García de Enterría, E. (1984b). *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Editora Civitas.
- García de Enterría, E. (1989). Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista española de derecho administrativo*, (61), 5-18.
- García Luengo, J. (2002). *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas.
- Garcia Medina, J. M. (2006). Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial – breves considerações. En L. Fux, N. Nery Jr. y T. A. A. Wambier (Eds.), *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. San Pablo: Revista dos tribunais.
- Garzone, G. (1995). The United Kingdom. En G. Garzone, F. Miglioli y R. Salvi (Eds.), *Legal English*. Milán: EGEA.
- Gearey, A., Morrisson, W. y Jago, R. (2009). *The Politics of the Common Law: Perspectives, Rights, Processes, Institutions*. Abingdon: Routledge-Cavendish.
- Gifis, S. H. (2003). *Law Dictionary*. 5^{ta} ed. Nueva York: Barron's.
- Gillespie, A. (2015). *The English Legal System*. 5^{ta} ed. Oxford: Oxford University Press.
- Gomes, L. F. (1997). *A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito*. San Pablo: Revista dos tribunais.

- Gometz, G. (2012). *La certeza jurídica como previsibilidad*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales.
- González Pérez, J. (1999). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3^{ra} ed. Madrid: Editorial Civitas.
- Goodhart, A. L. (1931). *Essays in Jurisprudence and the Common Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Goodrich, P. (1986). *Reading the Law. A Critical Introduction to Legal Method and Techniques*. Oxford: Basil Blackwell.
- Goodrich, P. (1990). *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks*. Londres: Weidenfeld and Nicolson.
- Greco, L. (2001). Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. *Revista dialética de direito processual*, (10). Obtenido de: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/32823-40696-1-PB.pdf> [Consulta: 16 de mayo de 2019]
- Greco, L. (2009). *Instituições de processo civil: introdução ao estudo do direito processual civil*. 1^{ra} ed. Río de Janeiro: Forense.
- Guastini, R. (1997). Problemas de interpretación. *Isonomia: Revista de teoría y filosofía del derecho*, (7), 121-131. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc8p6b8>
- Häberle, P. (2014). Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e «procedimental» da Constituição. *Revista direito público*, 11(60). <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>
- Hale, M. (1971). *The History of the Common Law of England*. Chicago: University of Chicago Press.
- Harris, J. W. (1990). Towards Principles of Overruling: When Should a Final Court of Appeal Second Guess? *Oxford Journal of Legal Studies*, 10(2), 135-199. [También publicado en M. Arnheim (Ed.), *The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Legal Cultures 6 Common Law* (1994), Londres: Dartmouth Publishing Co. Ltd., 30-93.]

- Hart, H. L. A. (1984). The Concept of Law. En *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 139-140.
- Hazel, C. (1981). Precedent and the Court of Appeal: Lord Denning's Views Explored. *Legal Studies*, 1(1), 68-76.
- Hernández Gil, A. (1982). *El cambio político español y la Constitución*. Barcelona: Grupo Planeta.
- Hesse, K. (1991). *A força normativa da Constituição*. 1^{ra} ed. Puerto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- Hesse, K. (1992). La fuerza normativa de la Constitución. En *Escritos de derecho constitucional*. 2^{da} ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Holland, J. y Webb, J. (2010). *Learning Legal Rules*. 7^{ma} ed. Oxford: Oxford University Press.
- Iturralde, V. (1998). Judicial Decisions as a Source of Law in Civil Law: The Spanish Case. En *Sources of Law and Legislation*. Archiv für rechts-und sozialphilosophie, ARSP. Beiheft (69), 132-141.
- Jackson, B. S. (1991). *Law, Fact and Narrative Coherence*. Merseyside: Deborah Charles Publications.
- Jackson, B. S. (1996). *Making Sense in Jurisprudence*. Liverpool: Deborah Charles Publications.
- Keefe, D. F. y Merrill, A. H. (1941). The Attitude of Lower Courts to Changing Precedents. *Yale Law Journal*, 50(8), 1448-1459.
- Kelsen, H. (1974). *Teoria pura do direito*. 3^{ra} ed. Coimbra: Armênio Amado.
- Kelsen, H. (1979). *A justiça e o direito natural*. 2^{da} ed. Coimbra: Armênio Amado.
- Kniffen, M. N. (1982). Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions by United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, 51(1), 53-89. <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4600&context=flr>
- Larenz, K. (1985). *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: S. L. Civitas Ediciones.
- Levi, E. H. (1948). An Introduction to Legal Reasoning. *University of Chicago Law Review*, 15(3), 501-574.

Liebman, E. T. (1986). A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. *Revista de processo*, 11(43).

Llewellyn, K. N. (1960). *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Toronto: Little, Brown & Co.

López Sánchez, J. (2002). *El interés casacional*. Madrid: S. L. Civitas Ediciones.

Luque, P. (2015). El particularismo entre la guerra de los hechos y la paz de las reglas. En P. Luque (Ed.), *Particularismo: ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Lyrio Pimenta, P. R. (2002). *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. San Pablo: Dialetica.

MacCormick, N. (1966). Can *Stare Decisis* Be Abolished? *Juridical Review (New Series)*, 11, 197-213.

MacCormick, N. (1994). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.

MacCormick, N. (1998). The Significance of Precedent. *Acta Juridica*, (174), 174-187. [También publicado en G. Bradfield y D. Van der Merwe (Eds.), "*Meaning*" in *Legal Interpretation* (1998), Ciudad del Cabo: Juta.]

MacCormick, D. N. y Summers, R. S. (1997). *Introduction*. Dartmouth: Ed. Vermont.

Mak, E. (2013). *Judicial Decision-Making in a Globalized World: A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts*. Oxford: Hart Publishing Ltd.

Malleson, K. (2007). *The Legal System*. 3^{ra} ed. Oxford: Oxford University Press.

Manero, J. R. (2015). Dos enfoques particularistas de la ponderación entre principios constitucionales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)*, (1), 119-135. Obtenido de: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/62952/1/2015_Ruiz-Manero_RevCentrEstConst.pdf [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Manjón-Cabeza Olmeda, A. (2008). ¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (10-02), 2-25. Obtenido de: <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-02.pdf> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

- Marinoni, L. G. (2009). Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná*, (49), 11-58. file:///C:/Users/win%207/Documents/Downloads/17031-59553-1-PB%20(1).pdf
- Marinoni, L. G. (2014). *A ética dos precedentes: justificativa do Novo CPC*. San Pablo: Revista dos tribunais.
- Marinoni, L. G. (s.f.) O precedente na dimensão da igualdade. Obtenido de: https://www.academia.edu/218490/O_Precedente_na_Dimensão_da_Igualdade [Consulta: 16 de mayo de 2019]
- Martins-Costa, J. (1998). O direito privado com um «sistema em construção»: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de informação legislativa*, 35(139), 5-22. <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/r139-01.pdf>
- Martins-Costa, J. (2002). A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, 22, 228-257. <https://doi.org/10.22456/0104-6594.72644>
- Matia Portilla, F. J. (2016). Las tensas relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y los límites de la (legítima) discrepancia entre ellos. *Revista de derecho público de la UNED*, (97), 11-48. <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/17618/14984>
- Maximiliano, C. (2002). *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense.
- Medina, P. R. de G. (2000). O direito de recorrer e seus limites. En: E. P. de Arruda Alvim, N. Nery Jr. y T. A. A. Wambier (Eds.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. San Pablo: Revista dos tribunais.
- Mehren, A. T. V. y Gordley, J. R. (1977). *The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law*. 2^{da} ed. Boston: Little, Brown & Co.
- Mello, P. P. C. (2008). *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Mitidiero, D. (2014a). A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. *Revista de Processo*, 39(229), 51-75. https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/89495/2015_mitidiero_daniel_tutela_direitos.pdf?sequence=1

- Mitidiero, D. (2014b). *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2^{da} ed. San Pablo: Revista dos tribunais.
- Montrose, J. L. (1968). *Precedent in English Law and Other Essays*. Dublín: Irish University Press.
- Moral Soriano, L. M. (2000). Los precedentes del tribunal supremo: el acercamiento de la jurisprudencia a la teoría de los precedentes. *Revista del poder judicial*, (57), 119-154.
- Moral Soriano, L. M. (2002). *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- Moreira, J. C. B. (2000). O juiz e a cultura da transgressão. Río de Janeiro: *Revista da EMERJ*, 3(9), 98-119. <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/73405>
- Moreira, J. C. B. (2005). Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Dialética de Direito Processual*, (27). <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/105584>
- Moreira, J. C. B. (2009). *Comentários ao Código de processo civil*. 7^{ma} ed. Río de Janeiro: Forense.
- Morrison, W. J. y Gearey, A. (2011). *Common Law Reasoning and Institutions*. Londres: University of London Press.
- Murphy, W. F. y Tanenhaus, J. (1968). Public Opinion and the United States Supreme Court: Mapping of Some Prerequisites for Court Legitimation of Regime Changes. *Law & Society Review*, 2(3), 357-384.
- Oliva Santos, A. de la, Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J. (2016). *Curso de derecho procesal civil I – parte general*. 3^{ra} ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Ollero Tassara, A. (1987). La Constitución: entre el normativismo y la axiología. En *Anuario de filosofía del derecho*. Madrid: Ministerio de Justicia, 389-402. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142116>
- Otero, P. (2003). *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Almedina.
- Palharini Júnior, S. (2006). O princípio da isonomia aplicado ao direito processual civil. En L. Fux, N. Nery Jr. y T. A. A. Wambier (Eds.), *Processo e Constituição: estudos em*

homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. San Pablo: Revista dos Tribunais.

Pavlakos, G. (2006). Two Conceptions of Universalization. En Z. Bankowski y J. MacLean (Eds.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*. Aldershot: Ashgate Pub. Ltd., 159-176.

Peces-Barba, G. (1990). Prólogo. En *Constitución y valores del ordenamiento*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Pelayo-García, M. (1981). El status del Tribunal Constitucional. *Revista española de derecho constitucional*, 1(1).

Pérez Luño, A. E. (1992). La seguridad como función jurídica. En *Funciones y fines del Derecho: estudios en honor a Mariano Hurtado Bautista*. Murcia: Universidad de Murcia, 273-290.

Picardi, N. (2004). La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*, 58(1), 41-72.

Pisani, A. P. (2011). Principio d'eguaglianza e ricorso per cassazione. *Revista de processo*, (191), 201-209.

Prada Rodríguez, M. de y Muños Rojo, R. (2014). *El proceso civil inglés*. Granada: Editorial Comares, Colección estudios de derecho procesal penal.

Ráo, V. (2004). *O Direito e a vida dos direitos*. 6^{ta} ed. San Pablo: Revista dos tribunais.

Raz, J. (1975). *Practical reasons and norms*. Londres: Hutchinson & Co. Ltd.

Redondo, M. C. (2005). Razones y normas. *Discusiones*, (5), 29-66.

Redondo, M. C. (2015). Dos modelos de norma y razonamiento práctico. En P. Luque (Ed.), *Particularismo: ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*. Madrid: Marcial Pons, 59-88.

Ribeiro, R. L. (2008). *A segurança jurídica do contribuinte: legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima*. Río de Janeiro: Lumen Juris.

Royo, J. P. (2003). *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Civitas.

Russell, P. H. (2001). Toward a General Theory of Judicial Independence. En P. H. Russell y D. M. O'Brien (Eds.), *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from around the World*. Charlottesville: University of Virginia Press, 1-24.

- Sacco, R. (2001). *Introdução ao direito comparado*. San Pablo: Revista dos tribunais.
- Sainz Moreno, F. (1979). La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados. *Revista de administración pública*, (89), 293-314.
- Salles, C. A. de; Fiss, O.; Silva, D. P. G. da y Medeiros Rós, M. de (2004). *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. San Pablo: Revista dos tribunais.
- Sarmiento, D. (2009). O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. En *Neoconstitucionalismo*. Río de Janeiro: Editora Forense, 267-302.
- Schauer, F. (2017). Porque no direito (e em qualquer lugar) o precedente não é totalmente (ou mesmo substancialmente) sobre analogia. *Revista da Advocacia Pública Federal*, 1(1).
- Schiele Manzor, C. (2008). La jurisprudencia como fuente del derecho: el papel de la jurisprudencia. *Ars Boni et Aequi*, (4).
- Shuenquener de Araújo, V. (2009). *O princípio da proteção da confiança*. 1^{ra} ed. Niterói: Impetus.
- Siems, M. (2014). *Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Silva, O. B. da (2008). Da função à estrutura. *Revista magister de direito civil e processual civil*, (22).
- Sorabji, J. (2011). The Road to New Street Station: Fact, Fiction and the Overriding Objective. *European Business Law Review*.
- Summers, R. S. (1978). Two types of substantive reasons: The core of a theory of common law justification. En *The Jurisprudence of Law's Form and Substance*. Aldershot: Taylor & Francis Ltd., pp. 155-236.
- Summers, R. S. (2000). *Essays in Legal Theory*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- Supreme Court of the United Kingdom (2016). *The Supreme Court Annual Report and Accounts 2015-2016*. Obtenido de: <https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2015-16.pdf> [Consulta: 11 de mayo de 2019].
- Taruffo, M. (1994). Dimensioni del precedente giudiziario. En *Scintillae iures: studi in memoria di Gino Gorla*. Milán: Giuffrè.

Taruffo, M. (1997). Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestale di diritto e procedura civile*, 51(2), 315-328.

Taruffo, M. (2003). Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. *Revista de processo-REPRO*, 110, 141-158.

Taruffo, M. (2007a). Las funciones de las Cortes Supremas. En *Libro de ponencias generales, relatos generales y trabajos seleccionados*. Santa Fe: Revista de derecho procesal Rubinzal-Culzoni.

Taruffo, M. (2007b). Precedente e giurisprudenza. *Revista trimestrale de diritto e procedura civile*, 61(3).

Taruffo, M. (2014). La jurisprudencia entre casuística y uniformidad. *Revista de derecho*, 27(2).

Theodoro Júnior, H. y Nunes, D. J. C. (2009). Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação com garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de processo*, 34(168).

Toma, V. G. (YEAR) *La sentencia constitucional*. Disponible en: <http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/18abfa4cb269c78ca321c53e573f1346/Discurso_VGT.pdf>. Acceso: 26 de marzo de 2012

Tostes, N. N. G. (2004). *Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante*. 1^{ra} ed. Río de Janeiro: América Jurídica.

Trempts, P. P. (1985). *Tribunal Constitucional y poder judicial*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.

Tribunal Constitucional de España. (2016). *Tribunal Constitucional Memoria 2015*. Madrid: Boletín Oficial del Estado. Obtenido de: <http://www.tribunalconstitucional.es/en/memorias/Documents/Memoria-2015.pdf> [Consulta: 14 de mayo de 2019]

Tucci, J. R. C. (2004). Precedente judicial como fonte de direito. *Revista dos tribunais*, 141 y sigs.

Verdú, P. L. (1996). Artículo 1: Estado social y democrático de derecho. En O. Álzaga Villaamil (Ed.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: EDERSA, 95-164.

- VIII Foro Permanente de Procesalistas Civiles (2017). *Enunciados*. Florianópolis, 1-89. <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>
- Viscount Bryce, J. (1901). *Studies in History and Jurisprudence*. 2 vols. New York: Oxford University Press. <https://oll.libertyfund.org/titles/2003>
- Waldron, J. (2012). *Stare decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. *Michigan law review*, 111(1), 1-32.
- Wambier, L. R., Almeida, F. R. C. de y Talamini, E. (2005). *Curso avançado de processo civil*. 7^{ma} ed. San Pablo: Revista dos tribunais.
- Wambier, T. A. A. (2009). Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de processo*, 172(34).
- Whittaker, S. (2008). El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela. *Revista chilena de derecho*, 35(1), 37-83.
- Wigwe, C. C. (2011). *Jurisprudence and Legal Theory*. Osu-Accra: Readwide Publishers.
- Williams, I. (2012). Early-Modern Judges and the Practice of Precedent. En P. Brand y J. Getzler (Eds.), *Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law: from Antiquity to Modern Times*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Zander, M. (2015). *The Law-Making Process*. 7^{ma} ed. Oxford: Hart Publishing.

Jurisprudencia

Brasil. Superior Tribunal de Justicia. Súmula 340/STJ, de 13 de agosto de 2017. Obtenido de:

<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=340> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinario RE 298694 SP de 06 de agosto de 2003. Obtenido de: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2979717/recurso-extraordinario-re-298694-sp> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Informativo 402 STF, de 19 a 23 de septiembre de 2005. Obtenido de:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo402.htm> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinario RE 416827/SC de 08 de febrero de 2007. Obtenido de:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2201908> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinario RE 415454 de 26 de octubre de 2007. Obtenido de: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2195319> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinario RE 579431 QO/RS de 13 de marzo de 2008. Obtenido de:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598262> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Brasil. Supremo Tribunal Federal (Plenario). Recurso extraordinario RE 583834/SC de 21 de septiembre de 2011. Obtenido de:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21273488/recurso-extraordinario-re-583834-sc-stf/inteiro-teor-110301956?ref=juris-tabs> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinario RE 583834 de 14 de febrero de 2012. Obtenido de: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21273488/recurso->

extraordinario-re-583834-sc-stf/inteiro-teor-110301956?ref=serp [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 107/1988 de 8 de junio. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1048> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 105/1990 de 6 de junio. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1530> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 171/1990 de 12 de noviembre. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1596> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 7/1994 de 17 de enero. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2524> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 204/1997 de 25 de noviembre. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3469> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 134/1999 de 15 de julio. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3876> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 11/2000 de 17 de enero. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/el-GR/Resolucion/Show/3995> [Consulta:]

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 110/2000 de 5 de mayo. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4094> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 112/2000 de 5 de mayo. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4096> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 284/2000, de 27 de noviembre. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4268> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 297/2000 de 11 de diciembre. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4281> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 6/2000 de 17 de enero. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3990> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 49/2001 de 26 de febrero. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/2001/49> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 148/2001, de 27 de junio. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/it-IT/Resolucion/Show/4444> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 204/2001 de 15 de octubre. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/2001/204> [Consulta:]

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 181/2006 de 19 de junio. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5783> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 9/2007 de 15 de enero. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5976> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 7/2014 de 27 de enero. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/23767> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 99/2015 de 25 de mayo. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/24457> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 101/2015 de 25 de mayo. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/24459> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 172/2015 de 20 de julio. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24573> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Acuerdo de la Sala Primera sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 30 de diciembre de 2011. Obtenido de: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-de-la-Sala-Primera-sobre-criterios-de-admision-de-los-recursos-de-casacion-y-extraordinario-por-infraccion-procesal> [Consulta: 14 de mayo de 2019]

España. Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 27 de enero de 2017. Obtenido de: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-de-lo-Civil-del-Tribunal-Supremo-de-27-01-2017--sobre-criterios-de-admision-de-los-recursos-de-casacion-y-extraordinario-por-infraccion-procesal> [Consulta: 14 de mayo de 2019]

España. Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia núm. 443/1997 de 26 de mayo. Obtenido de: <https://supremo.vlex.es/vid/funcionarios-carrera-r-p-t-13-17744721> [Consulta: 14 de mayo de 2019]

Reino Unido. England and Wales Court of Appeal. Starmark Enterprises Ltd v. Cpl. Distribution Ltd.: EWCA Civ. 1252 de 31 de julio de 2001. Obtenido de: <https://swarb.co.uk/starmark-enterprises-ltd-v-cpl-distribution-ltd-ca-31-jul-2001/> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Reino Unido. House of Lords. London Street Tramways v. London County Council: UKHL 1 de 25 de abril de 1898. Obtenido de: <https://swarb.co.uk/london-street-tramways-v-london-county-council-hl-25-apr-1898/> [Consulta: 11 de mayo de 2019]

Reino Unido. House of Lords. Addie (Robert) and Sons (Collieries) Ltd. v. Dumbreck: UKHL 3 de 25 de febrero de 1929. Obtenido de: <https://swarb.co.uk/addie-robert-and-sons-collieries-ltd-v-dumbreck-hl-25-feb-1929/> [Consulta: 11 de mayo de 2019]

Reino Unido. House of Lords. Young v. The Bristol Aeroplane Co. Ltd.: EWCA Civ. 1 de 28 de julio de 1944. Obtenido de: <https://swarb.co.uk/young-v-the-bristol-aeroplane-co-ltd-ca-28-jul-1944/> [Consulta: 11 de mayo de 2019]

Reino Unido. House of Lords. Practice Statement de 26 de julio de 1966. Obtenido de: <http://www.uniset.ca/other/cs2/19661WLR1234.html> [Consulta: 11 de mayo de 2019]

Reino Unido. House of Lords. British Railways Board v. Herrington: UKHL 1 de 16 de febrero de 1972. Obtenido de: <https://swarb.co.uk/british-railways-board-v-herrington-hl-16-feb-1972/> [Consulta: 11 de mayo de 2019]

Reino Unido. House of Lords. Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch: UKHL 5, 1975. Obtenido de: <https://swarb.co.uk/director-of-public-prosecutions-for-northern-ireland-v-lynch-hl-1975/> [Consulta: 11 de mayo de 2019]

Reino Unido. House of Lords. Miliangos v. George Frank (Textiles) Ltd.: UKHL de 5 de noviembre de 1975. Obtenido de: <https://swarb.co.uk/miliangos-v-george-frank-textiles-ltd-hl-1975/> [Consulta: 11 de mayo de 2019]

Reino Unido. House of Lords. Anns and Others v. Merton London Borough Council: UKHL 4 de 12 de mayo de 1977. Obtenido de: <https://swarb.co.uk/anns-and-others-v-merton-london-borough-council-hl-12-may-1977/> [Consulta: 11 de mayo de 2019]

Reino Unido. House of Lords. Davis v. Johnson: UKHL 1 de 2 de enero de 1978. Obtenido de: <https://swarb.co.uk/davis-v-johnson-hl-2-jan-1978/> [Consulta: 11 de mayo de 2019]

Reino Unido. House of Lords. Anderton v. Ryan: UKHL 5 de 09 de mayo de 1985. Obtenido de: <https://swarb.co.uk/anderton-v-ryan-hl-1985/> [Consulta: 11 de mayo de 2019]

Reino Unido. House of Lords. Regina v. Howe Etc: UKHL 5 de 19 de febrero de 1986. Obtenido de: <https://swarb.co.uk/regina-v-howe-etc-hl-19-feb-1986/> [Consulta: 11 de mayo de 2019]

Reino Unido. House of Lords. Regina v. Shivpuri: UKHL 2 de 15 de mayo de 1986. Obtenido de: <https://swarb.co.uk/regina-v-shivpuri-hl-15-may-1986/> [Consulta: 11 de mayo de 2019]

Reino Unido. House of Lords. Murphy v. Brentwood District Council: UKHL 2 de 26 de julio de 1990. Obtenido de: <https://swarb.co.uk/murphy-v-brentwood-district-council-hl-26-jul-1990/> [Consulta: 11 de mayo de 2019]

Reino Unido. House of Lords. Pepper (Inspector of Taxes) v. Hart: UKHL 3 de 26 de noviembre de 1992. Obtenido de: <https://swarb.co.uk/pepper-inspector-of-taxes-v-hart-hl-26-nov-1992/> [Consulta: 11 de mayo de 2019]

Legislación

Brasil. Ley Nro. 5869/1973, del antiguo Código Procesal Civil (*velho CPC*). Obtenido de: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=570&tabela=leis [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Brasil. Ley Nro. 8213/1991, de 24 de julio, *Benefícios da previdência social* (art.29). Obtenido de: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11354206/artigo-29-da-lei-n-8213-de-24-de-julho-de-1991> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Brasil. Decreto Nro. 3048/1999 de 06 de mayo, de Regulamento da Previdência Social (art. 36). Obtenido de: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11758566/artigo-36-do-decreto-n-3048-de-06-de-maio-de-1999> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Brasil. Ley Nro. 8213/1991, de 24 de julio, *Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências* (art. 29, inc. 5). Obtenido de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213compilado.htm [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Brasil. Ley Nro. 9032/1995, de 28 de abril, *Dispõe sobre o valor do salário mínimo*. Obtenido de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9032.htm [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Brasil. Ley Nro. 9868/1999, de 01 de noviembre, *da Ação Direta de Inconstitucionalidade* (art. 27). Obtenido de: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11264216/artigo-27-da-lei-n-9868-de-01-de-novembro-de-1999> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Brasil. Ley Nro. 9876/1999, de 26 de noviembre, *Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício*. Obtenido de:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9876.htm [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Brasil. Ley Nro. 10259/2001, de 12 de julio, *dos Juizados Especiais Federais* (art. 14).

Obtenido de: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11139465/artigo-14-da-lei-n-10259-de-12-de-julho-de-2001> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Brasil. Ley Nro. 13105/2015, de 16 de marzo, del Nuevo Código Procesal Civil (*novo CPCbr*).

Obtenido de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Brasil. Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal art. 321 Obtenido de :

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>

(Consulta: 16 de mayo de 2019)

España. Ley 14/1882, de 14 de septiembre, de Enjuiciamiento Criminal. Obtenido de:

[https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con) [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Obtenido de: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con) [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Constitución Española (1978). Obtenido de:

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Obtenido de:

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo2-1979.html [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Obtenido de:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Obtenido de:

<https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Obtenido de:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>
(Consulta: 16 de mayo de 2019).

Reino Unido. *Interpretation Act* 1978. Obtenido de:
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/30/contents> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Reino Unido. *Civil Procedure Act*, 1997. Obtenido de:
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/12/contents> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Reino Unido. *Human Rights Act* 1998. Obtenido de:
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents> [Consulta: 16 de mayo de 2019]
CFbr https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/ind.asp

Reino Unido. *Civil Procedure Rules* 1998. Obtenido de:
<http://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/3132/contents/made> [Consulta: 16 de mayo de 2019]

Reino Unido. *Constitutional Reform Act* 2005. Obtenido de:
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents> [Consulta: 16 de mayo de 2019]